



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Leonam Machado de Souza

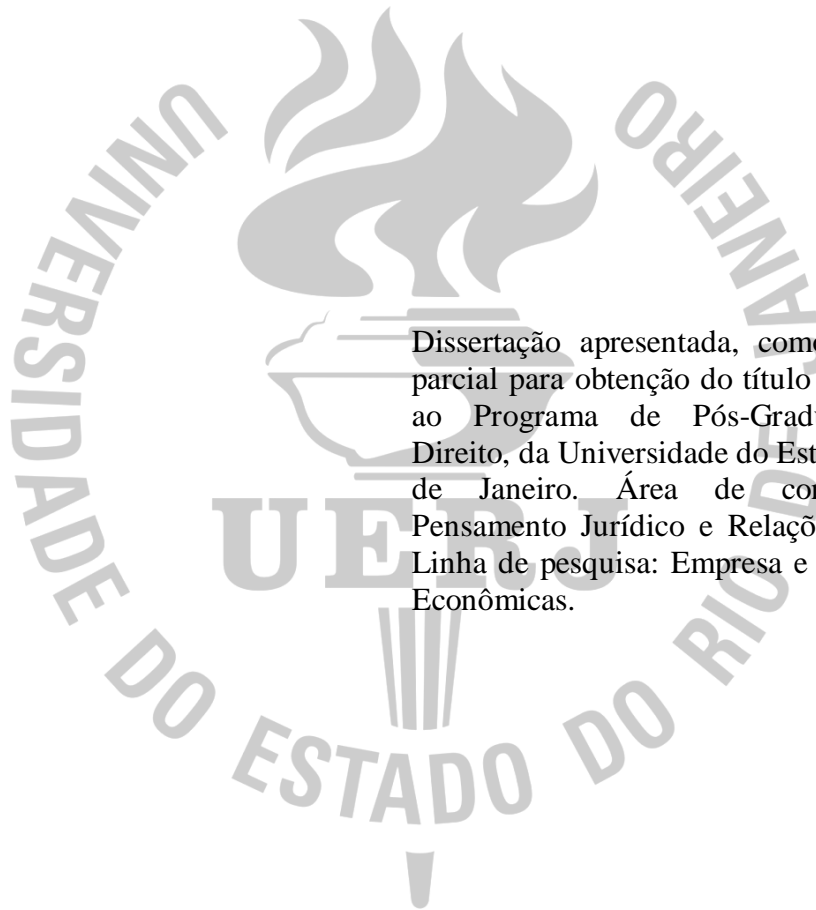
**O impacto da cláusula de raio nas relações entre o lojista e o empreendedor
e seus efeitos no direito da concorrência**

Rio de Janeiro

2014

Leonam Machado de Souza

O impacto da cláusula de raio nas relações entre o lojista e o empreendedor e seus efeitos no direito da concorrência



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Coorientadora: Prof.^a Dr.^a Paula Castello Miguel

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S729i

Souza, Leonam Machado de.

O impacto da cláusula de raio nas relações entre o logista e empreendedor e seus efeitos no direito da concorrência / Leonam Machado de Souza. – 2014.
193 f.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito empresarial - Teses. 2. Concorrência - Teses. 3. Contratos – Teses. 4. Direito comercial – Teses. I. Alves, Alexandre de Assumpção. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.7

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Leonam Machado de Souza

O impacto da cláusula de raio nas relações entre o lojista e o empreendedor e seus efeitos no direito da concorrência

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Aprovada em: 29 de agosto de 2014.

Banca examinadora

Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dr.^a Paula Castello Miguel (Coorientadora)
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dr.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro
Universidade Federal do Paraná
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

A minha mãe, exemplo de determinação e companheirismo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador por não descuidar de cada detalhe na orientação desse trabalho.

À minha coorientadora por ter me recebido tão bem em Vitória, ocasião em que me motivei ainda mais a escrever sobre este tema.

À Sônia, chefe da secretaria do mestrado, por ter sido sempre tão atenciosa e prestativa.

À minha família e amigos, por vibrarem e torcerem por minhas conquistas.

O menor descuido vos fará partir na direção oposta ao vosso destino.

Oswald de Andrade

RESUMO

SOUZA, L. M. *O impacto da cláusula de raio nas relações entre o lojista e o empreendedor e seus efeitos no direito da concorrência*. 2014. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

A pesquisa analisa a validade da cláusula de raio no aspecto do direito civil-empresarial (privado) e da concorrência (público). No âmbito do direito civil-empresarial analisa-se a cláusula de raio em conjunto com a cláusula de aluguel percentual e possível lesão à boa-fé objetiva. No aspecto do direito da concorrência é analisado o mercado relevante na dimensão produto e geográfica, bem como as externalidades positivas e negativas produzidas pela cláusula de raio. Para a realização da pesquisa adota-se o método dedutivo, realizado a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema. Traz como resultado os parâmetros que devem ser utilizados para a análise da cláusula de raio e a hipótese em que ela pode ser prevista.

Palavras-chave: Livre concorrência. *Shopping centers*. Liberdade contratual. Poder econômico. Função social dos contratos.

ABSTRACT

SOUZA, L. M. *The impact of radius clause in relations between the tenant and the landlord and their effects on competition law*. 2014. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

This research analyses the validity of radius clause in the aspect of business and civil law (private) and free competition (public). Under the business and civil law aspect, it analyzes the radius clause with percentage rent clause and the probability to the lesion the general clause of objective good faith. In the aspect of free competition it analyzes the product and geographic relevant market and also the positive and negative externalities produced by the radius clause. In this research it is adopted the deductive method, performed based on literature and case law research about the theme. It brings as result the parameters that should be used for the analyses of the radius clause and the hypothesis that it may be used.

Keywords: Free competition. Shopping centers. Contractual freedom. Economic power. Social function of contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 CARACTERÍSTICAS DA CLÁUSULA DE RAIOS E O SEU IMPACTO NA LOCAÇÃO EM <i>SHOPPING CENTERS</i> SOB O ASPECTO CIVIL-EMPRESARIAL	16
1.1 Contrato de locação em <i>shopping center</i>	20
1.2 Aspectos gerais da cláusula de raio	23
1.3 A licitude da cláusula de raio analisada sob a perspectiva de proteção ao estabelecimento <i>shopping center</i>	27
1.4 Cláusula de raio analisada sob o prisma da liberdade contratual assegurada pelo artigo 54 da Lei nº 8.245/91	36
1.5 Contrato de adesão e abusividade da liberdade contratual na previsão da cláusula de raio	41
1.6 Diretrizes para análise da cláusula de raio sob o aspecto civil-empresarial	45
2 IMPACTO DA CLÁUSULA DE RAIOS NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO EM <i>SHOPPING CENTERS</i> SOB O ASPECTO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	50
2.1 Cláusula de raio: cláusula de exclusividade territorial ou cláusula de não-concorrência	53
2.2 Relação do poder econômico e de mercado com a cláusula de raio	56
2.3 Livre iniciativa e livre concorrência sob a perspectiva da cláusula de raio	65
2.4 Aplicação da regra da razão na análise da cláusula de raio	69
2.5 Efeitos da cláusula de raio	71
2.6 Cláusula de raio e função social dos contratos	74
2.7 Parâmetros para a análise da cláusula de raio no âmbito do direito concorrencial brasileiro	77
2.8 Aspectos gerais da cláusula de raio no direito norte-americano	79
3 ANÁLISE DAS DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE) E DOS TRIBUNAIS NACIONAIS	88
3.1 Caso Associação de Lojista de <i>Shopping</i> do Estado de São Paulo x <i>shopping</i> Iguatemi São Paulo	88

3.1.1 <u>Parecer da secretaria de direito econômico (SDE)</u>	89
3.1.2 <u>Parecer do ministério público federal (MPF)</u>	91
3.1.3 <u>Consulta Pública</u>	92
3.1.4 <u>Voto do conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos</u>	94
3.1.5 <u>Voto do vogal – conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado</u>	98
3.1.6 <u>Decisão</u>	99
3.1.7 <u>Embargos de declaração - Parecer do Ministério Público Federal (MPF)</u>	100
3.1.8 <u>Embargos de declaração - Parecer da Procuradoria do CADE (ProCADE)</u>	100
3.1.9 <u>Embargos de declaração – voto do conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos</u>	102
3.1.10 <u>Embargos de declaração – voto do vogal Fernando Magalhães Furlan</u>	103
3.1.11 <u>Embargos de declaração – decisão</u>	103
3.1.12 <u>Comentários ao caso Associação de Lojista de Shopping do Estado de São Paulo x shopping Iguatemi São Paulo</u>	103
3.2 Caso <i>shopping Jardim Sul x shopping Iguatemi São Paulo</i>	104
3.2.1 <u>Parecer da Secretaria de Direito Econômico (SDE)</u>	105
3.2.2 <u>Voto do conselheiro-relator Roberto Pfeiffer</u>	108
3.2.3 <u>Voto do conselheiro Fernando de Oliveira Marques</u>	113
3.2.4 <u>Voto vista do conselheiro Cleveland Prates Teixeira</u>	114
3.2.5 <u>Voto oral do conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe</u>	115
3.2.6 <u>Decisão</u>	116
3.2.7 <u>Comentários ao caso shopping Jardim Sul x shopping Iguatemi São Paulo</u> ...	116
3.3 Caso Eldorado, Morumbi, Jardim Sul, Villa Lobos e Higienópolis	117
3.3.1 <u>Comentários ao Caso Eldorado, Morumbi, Jardim Sul, Villa Lobos e Higienópolis</u>	122
3.4 Caso <i>shopping D x shopping Center Norte</i>	123
3.4.1 <u>Parecer do Ministério Público Federal (MPF)</u>	123
3.4.2 <u>Parecer da Procuradoria do CADE (ProCADE)</u>	124
3.4.3 <u>Parecer da Secretaria de Direito Econômico (SDE)</u>	126
3.4.4 <u>Voto do conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer</u>	129
3.4.5 <u>Voto vista da conselheira Elizabeth Maria Mercier Querido Farina</u>	133
3.4.6 <u>Voto vogal do conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado</u>	133

3.4.7 <u>Comentários ao caso shopping D x shopping Center Norte</u>	134
3.5 Decisões judiciais sobre a cláusula de raio	135
3.5.1 <u>Apelação sem revisão no caso shopping center Morumbi x Mei Mei Comercial Ltda.</u>	136
3.5.1.1 Comentários à Apelação sem revisão no caso <i>shopping center</i> Morumbi x Mei Mei Comercial Ltda	137
3.5.2 <u>Recurso Especial no caso shopping center Morumbi x Mei Mei Comercial Ltda.</u>	138
3.5.2.1 Comentários ao Recurso Especial no caso shopping Center Morumbi x Mei Mei Comercial Ltda.	139
3.5.3 <u>Apelação no caso shopping Iguatemi São Paulo x Valdac Ltda.</u>	140
3.5.3.1 Comentários à apelação no caso <i>shopping</i> Iguatemi São Paulo x Valdac Ltda.	143
3.5.4 <u>Embargos de declaração no caso shopping Iguatemi São Paulo x Valdac Ltda.</u>	144
3.5.4.1 Comentários aos embargos de declaração no caso shopping Iguatemi São Paulo x Valdac Ltda.	147
3.5.5 <u>Agravo de instrumento no caso Sindicato dos Lojistas de Porto Alegre x shopping Iguatemi Porto Alegre</u>	147
3.5.5.1 Comentários ao agravo de instrumento no caso Sindicato dos Lojistas de Porto Alegre x <i>shopping</i> Iguatemi Porto Alegre	149
3.5.6 <u>Apelação no caso North Shopping x Lojas Americanas S/A</u>	150
3.5.6.1 Comentários à apelação no caso North Shopping x Lojas Americanas S/A	153
3.5.7 <u>Apelação no caso shopping Parque Dom Pedro x shopping Iguatemi Campinas</u>	153
3.5.7.1 Comentários à apelação no caso shopping Parque Dom Pedro x shopping Iguatemi Campinas	154
3.5.8 <u>Apelação com revisão no caso shopping D x shopping Center Norte S/A</u>	155
3.5.8.1 Comentários à apelação com revisão no caso <i>shopping D x shopping</i> Center Norte S/A	156
3.5.9 <u>Apelação com revisão no caso Via Veneto Roupas Ltda. x shopping Iguatemi São Paulo</u>	156
3.5.9.1 Comentários à apelação com revisão no caso Via Veneto Roupas Ltda. x	

<i>shopping</i> Iguatemi São Paulo	159
3.5.10 <u>Sentença proferida no caso shopping Iguatemi São Paulo x Fórum Confeccões Ltda.</u>	160
3.5.10.1 Comentários à sentença proferida no caso <i>shopping</i> Iguatemi São Paulo x Fórum Confeccões Ltda.	161
3.5.11 <u>Apelação sem revisão no caso shopping Iguatemi São Paulo x Fórum Confeccões Ltda.</u>	161
3.5.11.1 Comentários à apelação sem revisão nº 465.935-00/0 do Tribunal de Alçada Cível de São Paulo.....	162
3.5.12 <u>Sentença proferida no caso shopping Jardim Sul x shopping Iguatemi São Paulo</u>	162
3.5.12.1 Comentários à sentença proferida no caso <i>shopping</i> Jardim Sul x <i>shopping</i> Iguatemi São Paulo	163
3.5.13 <u>Sentença proferida no caso Associação de Lojistas do Estado de São Paulo x shopping Iguatemi São Paulo</u>	164
3.5.13.1 Comentários à sentença <i>proferida no caso Associação de Lojistas do Estado de São Paulo x shopping Iguatemi São Paulo</i>	164
3.6 Síntese dos parâmetros utilizados pelos tribunais para análise da cláusula de raio	165
3.7 Síntese dos parâmetros utilizados pelo CADE para análise da cláusula de raio	166
CONCLUSÃO	167
REFERÊNCIAS	171
ANEXOS	180

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, surgiram os primeiros *shopping centers*, em decorrência da migração da população das cidades norte-americanas para os subúrbios. No Brasil, o primeiro *shopping center* foi inaugurado em meados da década de 60. Atualmente, ganharam relevância na sociedade, sobretudo em razão do conforto e segurança oferecidos ao consumidor, e passaram de meros centros de compras a centros de entretenimento. Sendo assim, ter um estabelecimento nos *shopping centers* é um atrativo e muitas vezes uma necessidade para o titular ou licenciados de diversas marcas que, em grande parte das vezes, ingressam nos *shopping centers* através de franquias. Desta maneira, o poder contratual dos *shopping centers* é maior em comparação com o poder dos lojistas e será tanto maior quanto menor for o número de empreendimentos em determinado mercado relevante geográfico ou, ainda que haja empreendimentos diversos no mercado relevante geográfico, atendam a clientelas distintas.

O público-alvo do *shopping center* irá determinar a formação do *tenant mix*, que consiste justamente na organização do estabelecimento *shopping center* pelo empreendedor, característica que o diferencia de um mero negócio imobiliário. Portanto, ainda que dois ou mais *shopping centers* ocupem o mesmo mercado relevante no aspecto geográfico, na dimensão produto o mercado poderá ser diferenciado; desse modo, esses empreendimentos não serão concorrentes.

O vínculo entre o empreendedor e o lojista se dá através de contrato de locação. Contudo, não se trata de um mero contrato de locação não-residencial, sobretudo em razão da conduta do empreendedor de organizar o *tenant mix* e mantê-lo atrativo.

Deve-se mencionar que há a possibilidade de organização dos *shopping centers* sob a forma de condomínio ordinário ou horizontal e, ainda, sob a forma de uma sociedade. Hipótese em que o vínculo entre as partes não será firmado por contrato de locação. No entanto, neste trabalho será analisado o *shopping center* constituído pelo empreendedor, como único proprietário do espaço físico, e os lojistas (locatários).

No contrato de locação em *shopping centers*, por expressa previsão legal no artigo 54 da Lei nº 8.245/91, devem prevalecer as condições livremente pactuadas entre as partes. No entanto, todos estes contratos são limitados pela função social do contrato (artigo 421 do Código Civil) e pelo abuso do direito (artigo 187 do Código Civil).

O princípio da *pacta sunt servanda* que prevaleceu após a Revolução Francesa, em

razão da ascensão da burguesia ao poder, que queria limitar a ingerência do Estado sobre os seus negócios, perdeu espaço no neoliberalismo. Percebeu-se que a liberdade exacerbada produzia desigualdades formais. Dessa forma, em meados do século XIX, o Estado volta a interferir no âmbito das relações privadas.

O Código Civil de 1916 foi fortemente influenciado pelo individualismo. Não obstante, o Código Civil de 2002 se ajustou à nova ordem social. Por conseguinte, as cláusulas dos contratos, inclusive de *shopping centers*, podem ser contestadas judicialmente e administrativamente, elas não são lícitas simplesmente por terem sido previstas com base na liberdade contratual das partes.

Ao celebrar o contrato de locação com determinado *shopping center*, os lojistas, em regra, ficam adstritos à cláusula de raio. Essa cláusula os impede de constituir uma filial ou uma sociedade empresária, de forma geral, do mesmo ramo da existente no *shopping center* a uma distância em torno de 2.000 metros ou no espaço equivalente ao tempo de deslocamento de 15 minutos do empreendimento. Esta tem como objetivo impedir que o *shopping center* deixe de se beneficiar com as externalidades de tráfego no empreendimento produzida por cada lojista e, dessa forma, garantir a manutenção do poder de atração do *tenant mix*.

A origem da cláusula de raio precede o aparecimento dos *shopping centers*. Elas surgiram nos Estados Unidos na década de 30, no período da depressão econômica e tinha como objetivo impedir que o locatário de uma loja de rua, que alugou o imóvel com um valor mais baixo em razão do aluguel percentual¹, após se consolidar no mercado, migrasse ou abrisse uma filial próxima com o objetivo de desviar a clientela.² Posteriormente, passaram a ser adotadas nos contratos de locação em *shopping center*; o mesmo ocorreu no Brasil.

A cláusula de raio prevista no direito brasileiro se assemelha à cláusula de raio prevista no direito norte-americano, com algumas peculiaridades quanto à abrangência da cláusula no aspecto material, aos efeitos advindos da inobservância da cláusula e quanto àqueles que devem observá-la. No que tange à limitação territorial e temporal as cláusulas se aproximam, inclusive quanto ao fato de, em ambos os ordenamentos, em regra, não haver

¹ Nesse período de crise econômica estabeleceu-se o aluguel percentual para viabilizar a atividade econômica dos comerciantes. Sendo assim, fixava-se um aluguel fixo menor (valor mínimo) e um aluguel percentual que incidia sobre o faturamento do comerciante. Portanto, nos meses em que as vendas fossem boas, o locador receberia um aluguel melhor. Ao contrário, nos meses em que as vendas fossem ruins, de forma que o percentual sobre o faturamento ficasse abaixo do aluguel fixo, o locador receberia o aluguel mínimo. Este tipo de ajuste era importante, principalmente, para a consolidação do empresário.

² CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. *Revista de Direito Renovar*. Vol. 36, set./dez., 2006, p. 49/50.

previsão de limitação temporal.

Nesta pesquisa será analisado se esta cláusula presente nos contratos de locação em *shopping centers* no Brasil pode ser considerada ilícita ou abusiva.

A pesquisa é relevante porque, ao estudar a cláusula de raio tanto no aspecto civil-empresarial, quanto no aspecto concorrencial, se torna possível verificar se os efeitos da cláusula de raio para o empreendedor, os lojistas e os consumidores a justificam ou se os malefícios da cláusula de raio são maiores do que os benefícios e, ainda, em quais hipóteses ela pode ser admitida e sob quais parâmetros.

O objetivo da pesquisa, no aspecto civil-empresarial, é analisar se a cláusula de raio pode ser considerada ilícita por ferir a boa-fé objetiva e pelo fato de o contrato de locação em *shopping center*, em regra, consistir em um contrato de adesão. Desse modo, será verificado em que consiste o exercício da atividade econômica *shopping center*, bem como a forma de constituição do vínculo entre os lojistas e o empreendedor e algumas das cláusulas que são inerentes a esse contrato, sob pena de descaracterizar a própria atividade *shopping center* caso sejam excluídas.

Sob a perspectiva do direito da concorrência, o objetivo é perscrutar se a cláusula de raio consiste ou não em infração à ordem econômica. Por conseguinte, será verificado se há violação à função social do contrato com a previsão da cláusula de raio. Além disso, será investigado se a cláusula de raio pode ser utilizada pelo agente econômico que detém poder de mercado para criar uma barreira artificial à entrada de novo concorrente. Ademais, será examinado se as externalidades positivas produzidas por essa conduta no âmbito social são maiores do que as externalidades negativas.

Além dessa investigação, a cláusula de raio será estudada desde a origem, como forma de buscar argumentos à sua presença nos contratos atuais.

Com base na relevância e objetivo desse estudo, justifica-se a adequação deste trabalho na linha de pesquisa “Empresa e atividades econômicas”.

Esta pesquisa adota o método dedutivo, realizado a partir de pesquisa bibliográfica, levantamento de doutrina e artigos em periódicos sobre o tema, aliado à análise da legislação e jurisprudência dos tribunais pátrios e do CADE a partir da década de 90. Foi feita também a análise de uma cláusula de raio prevista no contrato de locação em *shopping center* que se teve acesso, bem como ao estudo do direito norte-americano no que tange aos parâmetros utilizados para a previsão da cláusula de raio.

O trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será realizado o estudo da cláusula de raio sob o aspecto civil-empresarial. Sendo assim, será verificado se a

finalidade da cláusula de raio é atendida e se a liberdade contratual, prevista no artigo 54 da Lei nº 8.245/91 pode ser interpretada de modo absoluto. Já no segundo capítulo a cláusula de raio será analisada sob a perspectiva do direito concorrencial. Com base no estudo realizado no primeiro e no segundo capítulo, no terceiro capítulo serão analisadas as decisões judiciais dos tribunais nacionais e administrativas proferidas pelo CADE acerca da cláusula de raio.

As decisões nacionais judiciais e administrativas analisadas no terceiro capítulo têm como finalidade demonstrar a aplicabilidade desse estudo e perquirir se os magistrados e conselheiros decidem os casos concretos de forma consistente, atentos aos argumentos trazidos nos dois capítulos anteriores. Sendo assim, após o relato de cada decisão para a elucidação do caso concreto serão trazidos comentários, muitas vezes com remissão ao que foi abordado nos dois capítulos anteriores.

1 CARACTERÍSTICAS DA CLÁUSULA DE RAIOS E O SEU IMPACTO NA LOCAÇÃO EM *SHOPPING CENTERS* SOB O ASPECTO CIVIL-EMPRESARIAL

Os *shopping centers* são espaços organizados destinados ao fornecimento de bens e serviços. Washington de Barros Monteiro explica o significado do termo:

A locução advém de *shop*, que, no vernáculo, se traduz por loja, armazém, oficina, enquanto o verbo *to shop* indica o ato de fazer compras. *Shopping* é, precisamente, o gerúndio de *shop*, isto é, a forma nominal do verbo, a significar o duplo aspecto do negócio – o ato de vender e comprar. Por sua vez, a palavra *center*, também inglesa, está a designar um agrupamento ou uma concentração, que pressupõe a reunião, num mesmo local, das mais diversificadas atividades. A expressão *shopping center* tornou-se consagrada pelo uso, conquanto centro comercial seja também paralelamente utilizada, por corresponder a uma tradução livre, porém feliz.³

Os *shopping centers* surgiram nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial, momento em que a população passou a se concentrar nos subúrbios das grandes cidades.⁴ Inicialmente, consistiam em “[...] *malls* a céu aberto, lojas com espaços exclusivos para circulação de consumidores, oferecendo, ainda, estacionamento circundando as lojas.”⁵ No ano de 1950 surgiu

[...] o primeiro *shopping center* que realmente apresenta as características básicas do empreendimento como hoje delineado. Nos Estados Unidos da América, mais precisamente, num subúrbio de Seattle, inicia-se um projeto de grandes dimensões, *mall* aberto, lojas âncoras e satélites, trazendo o aluguel calcado com base no lucro obtido pelo lojista.⁶

Posteriormente, os *shopping centers* se espalharam pelos Estados Unidos e a concepção desse tipo de centro de compras influenciou todo o mundo.⁷

No Brasil os *shopping centers*, de modo diverso dos Estados Unidos, surgiram em áreas de alta densidade demográfica, cuja população detinha alto poder aquisitivo. Isso porque, no Brasil, as áreas suburbanas são ocupadas, em regra, por pessoas de baixo poder

³ MONTEIRO, Washington de Barros. “SHOPPING CENTERS”. *Revista dos Tribunais*. Vol. 580, ano 73, fev., 1984, p. 9.

⁴ MIGUEL, Paula Castello. Contratos de “shopping center”. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. Ano XXXVI, jul./set., 1997, p. 139.

⁵ *Ibid.*, p. 139.

⁶ *Id.*

⁷ *Id.*

aquisitivo. Além disso, essas áreas não dispõem de boa infraestrutura, ao contrário dos Estados Unidos.

O primeiro *shopping center* brasileiro foi inaugurado em 1966, em São Paulo: *Shopping Iguatemi*.⁸ “Todavia, é na década de 80 que se verifica a expansão da indústria do *shopping center* em larga escala.”⁹

Tem-se nos anos 90 um novo impulso no setor. Os resultados obtidos pelos empreendimentos lançados na década passada, a estabilidade da moeda, e a grande participação dos fundos de pensão na formação do empreendimento impulsionam esta indústria que não pára de crescer no país.¹⁰

A estabilidade da moeda favoreceu a sociedade brasileira a se tornar mais consumista, o que elevou o consumo a “sinônimo de inclusão social”¹¹. Atualmente são 495 *shopping centers* no Brasil, de acordo com a Associação Brasileira de Shopping Centers (ABRASCE)¹², que

[...] considera *shopping center* os empreendimentos com Área Bruta Locável (ABL), normalmente, superior a 5 mil m², formados por diversas unidades comerciais, com administração única e centralizada, que pratica aluguel fixo e percentual. Na maioria das vezes, dispõe de lojas âncoras e vagas de estacionamento compatível com a legislação da região onde está instalado.¹³

Considera-se empresário de *shopping center* o proprietário de prédio formado por várias lojas, que, além de alugar os espaços autônomos para terceiros, “organiza a distribuição desses espaços”, o que o diferencia das galerias.¹⁴ Logo, “o empresário que explora *shopping center* desenvolve atividade econômica bastante singular, que não se reduz a um simples

⁸ *Ibid.*, p. 140

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.*

¹¹ BANDEIRA, Luiz Octávio Vilela de Viana. Locação em *shopping center* – questões sobre tipificação contratual e regramento jurídico. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*. Ano 4, vol. 13, jan./mar, 2012, p. 219.

¹² ABRASCE. Números do setor. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/grandes-numeros>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

¹³ ABRASCE. Definições e convenções. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/definicoes-e-convencoes>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhôa. Locação em *shopping centers*. *Revista do Advogado*. Ano XXX, nº 108, mai., 2010, p. 56.

negócio imobiliário”.¹⁵

No empreendimento denominado *shopping center*, o empresário deve organizar os gêneros de atividade econômica (comércio ou prestação de serviços) que se instalarão no grande estabelecimento. A ideia básica do negócio é pôr à disposição dos consumidores, num local único, de cômodo acesso e seguro, a mais variada sorte de produtos e serviços.¹⁶

A organização do espaço físico do *shopping center*, com fins de obter a maior rentabilidade possível para o empreendimento e de atender uma clientela específica dentro de uma determinada área geográfica denomina-se *tenant mix*. Conforme Pedro Paulo Salles Cristofaro:

Nada em um *shopping center* é aleatório. Da escolha das lojas à sua distribuição espacial, da definição quanto aos serviços oferecidos ao público ao projeto arquitetônico, tudo é feito e planejado para atender às necessidades do mercado e para atrair para aquele conjunto de lojas, organizado daquela maneira específica, um fluxo ótimo de compradores potenciais.¹⁷

No mesmo sentido Rodrigo Barcellos afirma:

Ainda antes da inauguração do *shopping*, cabe ao empreendedor estabelecer o perfil do centro de compras, com a distribuição das lojas no prédio (*tenant mix*), levando em consideração os ramos de atividade, o tamanho e a potencialidade de atrair clientela das lojas, objetivando uma saudável concorrência entre elas, de modo a provocar um aumento de vendas global.¹⁸

O *tenant mix* está diretamente relacionado à “[...] produtividade do *shopping center* como um todo, a capacidade do empreendimento de fazer com que seus diversos elementos autônomos interajam e alavanquem seus resultados [...]”.¹⁹ Ele é constituído de acordo com o estudo de viabilidade econômica realizado previamente à construção do *shopping center*. “[...] As lojas que integram o *shopping*, pois, são escolhidas para suprir determinadas necessidades constatadas no estudo de viabilidade”.²⁰ Por ser fundamental para a atração da

¹⁵ Ibid., p. 57.

¹⁶ Id.

¹⁷ CRISTOFARO, op. cit., p. 51.

¹⁸ BARCELLOS, Rodrigo. *O Contrato de Shopping Center e os Contratos Atípicos Interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 04.

¹⁹ CRISTOFARO, op. cit., p. 68.

²⁰ Ibid., p. 58.

clientela, o empreendedor visa preservar o *tenant mix* e, nesse sentido, a cláusula de raio é um dos mecanismos do qual ele se vale para manter essa atração.

A ABRASCE classifica o mix do empreendimento em cinco modalidades: 1) lojas âncoras; 2) megalojas; 3) lojas satélites; 4) conveniência/serviços; 5) lazer.²¹ As lojas âncoras ocupam uma área normalmente superior a 1.000m² e atraem um grande fluxo de pessoas, por exemplo, loja de departamentos, hipermercado, concessionárias, academias, artigos esportivos. As megalojas caracterizam-se pela área ocupada, entre 500m² a 999m², em regra são lojas que comercializam uma linha de mercadoria em larga escala. As lojas satélites atuam no vestuário e acessórios em área inferior a 500m², também enquadram-se nessa categoria as lojas que compõem a praça de alimentação, como docerias, lanchonetes, pizzarias e restaurantes.²²

Na categoria conveniência e serviços, enquadram-se como conveniência as lojas de vinhos, *delicatessen*, alimentos especiais, câmbio, farmácias e como serviços “enquadram-se as lojas prestadoras de serviços, sem que haja venda de mercadorias propriamente ditas. Inclui Universidades, Faculdades e/ou qualquer outra instituição de ensino ou cursos (línguas, informática, etc)”.²³ Na categoria lazer entram os cinemas, casas de shows, diversões (parques/videogames), boliche, mesmo que ocupem área superior a 1.000m² e atraiam um grande fluxo de pessoas para o empreendimento.²⁴

A localização do *shopping center* também é objeto de estudo minucioso. Ela “[...] está diretamente relacionada com seu público alvo. Em função dos frequentadores potenciais será este localizado em uma área de grande movimento ou em lugar de fácil acesso, ainda que mais afastado”²⁵, fator que vai determinar a abrangência da cláusula de raio.

O vínculo entre o empreendedor e o lojista se dá por meio de contrato de locação. Contudo, como será abordado no tópico seguinte, não se trata de um mero contrato de locação não-residencial, tendo em vista que o empreendimento *shopping center* não consiste em um simples negócio imobiliário.

²¹ ABRASCE. Plano de mix. 3ª ed. [S.l.: s.n., 20--] Disponível em: <http://www.portaldoshopping.com.br/Central/Content/UploadedFiles/Arquivos/PDF/2009_Plano_de_Mix_Abrasce.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.

²² Id.

²³ Id.

²⁴ Id.

²⁵ MIGUEL, op. cit., p. 144.

1.1 Contrato de locação em *shopping center*

O contrato de locação em *shopping center* é formado, em regra, por três partes:

- a) **o empreendedor ou proprietário ou desenvolvedor (ou locador)**, que é a pessoa física ou jurídica que planeja, organiza, constrói e desenvolve o centro comercial;
- b) **o lojista** [ou locatário] [...] que é a pessoa física ou jurídica que explora o espaço comercial. Os lojistas estão congregados na associação de lojistas, representando seus interesses;
- c) **a administradora**, que pode dissociar-se do empreendedor e que é a empresa contratada para exercer a administração, total ou parcial, do *shopping center*.²⁶

A Lei nº 8.245/1991 trata no artigo 54 do contrato de locação celebrado entre os lojistas e o empreendedor de *shopping center*. O dispositivo prevê que nesses contratos prevalecerão as condições livremente pactuadas entre as partes. Pode-se afirmar que o legislador, com essa previsão, consagrou o princípio da autonomia da vontade nos contratos de locação em *shopping center*. No entanto, isso não significa que a vontade das partes é ilimitada. Ao contrário, ela encontra limites na função social do contrato (art. 421, CC) e na vedação ao abuso do direito (art. 187, CC).

Ademais, como se trata de um contrato relacional²⁷, onde o lojista e o empreendedor se unem com o objetivo de obter lucros e maximizá-los, o sucesso da atividade empresarial de cada um deles está relacionado à atuação do outro. Sendo assim, além da cláusula geral da função social, aplica-se ao contrato de locação em *shopping center* a cláusula geral da boa-fé objetiva. Esta deve ser observada em todos os contratos, como expresso no artigo 422 do Código Civil. No entanto, como o contrato relacional é marcado pela cooperação entre as partes, o princípio da boa-fé objetiva ganha destaque, tendo em vista que o dever de cooperação já decorre da mera aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Os contratos de locação em *shopping centers* tendem a ser duradouros, pois só desta maneira o lojista e o empreendedor conseguem atingir o objetivo da relação contratual: conquistar a clientela para auferir lucros. Por se tratar de um contrato duradouro e relacional

Avulta, então, a importância adquirida no vínculo pelos deveres decorrentes do

²⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários à lei do inquilinato*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 345.

²⁷ O contrato relacional é marcado pela cooperação entre as partes contratantes. No contrato de locação em *shopping center* o empreendedor e o lojista tem o objetivo de obter lucros. Para isso, é preciso atrair a clientela; é justamente na atração da clientela que se vislumbra a cooperação entre as partes.

princípio da boa-fé objetiva, matriz dos deveres contratuais de cooperação. [...] Em suma: embora atue o princípio da boa-fé em quaisquer contratos, nas relações duradouras e marcadas pela relacionalidade – que implicam atividade de colaboração em alto grau –, a sua eficácia é mais intensa, já que a colaboração é funcionalizada à consecução da própria finalidade perseguida pelo contrato.²⁸

Logo, por ser o contrato de locação em *shopping center* um contrato relacional suas cláusulas devem ser interpretadas tendo em vista o interesse comum das partes. Ademais, deve-se ter como foco a colaboração entre elas, impregnada nesse tipo contratual. Essa característica diferencia os contratos de locação em *shopping center* dos contratos de locação não-residencial em geral, pois estes não são marcados pela colaboração ativa entre partes. Contudo, o fato de o contrato de locação em *shopping center* ser marcado pela relacionalidade não retira dele a possibilidade da existência de possíveis conflitos entre as partes com o objetivo de prevalecer interesses individuais, que mesmo diante da colaboração entre elas, continuam existindo.²⁹

Portanto, como a relação entre os lojistas e o empreendedor é de cooperação, os interesses do empreendimento devem estar em harmonia com os interesses dos lojistas considerados coletivamente. Igualmente o interesse de cada lojista considerado individualmente deve ceder ao interesse geral. Nesse sentido afirma Fábio Konder Comparato:

Entre os interesses globais do *shopping center* e um interesse particular de lojista do centro, pode haver conflito, que deve ser resolvido, normalmente, pela submissão do interesse particular ao interesse comum, como nas organizações associativas ou societárias. Para instrumentalizar a defesa dos interesses comuns do centro comercial, quer sejam os lojistas condôminos, quer simplesmente locatários, costuma-se reuni-los em uma associação, de forma a personalizar a organização. É essa associação que assume a posição de parte negocial ou processual, na qualidade de titular dos interesses do *shopping center* como um todo.³⁰

Desse modo, os lojistas, ao celebrarem o contrato de locação com o empreendedor, assumem o compromisso de ingressar na associação dos lojistas, sob pena de rescisão do contrato caso não o façam. O contrato também será rescindido, independentemente de notificação ou interpelação, se o lojista deixar de participar da associação ao longo do cumprimento do contrato. O estatuto da associação dos lojistas integra o contrato de locação

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A relação contratual de *shopping center*. *Revista do advogado*. Ano XXXII, nº 116, jul., 2012, p. 113/114.

²⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 112.

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”. Ano XXXIV, nº 97, jan./mar., 1995, p. 26.

em *shopping center* propriamente dito.

Além do estatuto da associação dos lojistas, integram o contrato de locação em *shopping centers* propriamente dito o regimento interno e a escritura declaratória de normas gerais. O regimento interno traz regras regulamentares, de cunho administrativo, para que seja assegurada a ordem no *shopping center*, tais como “[...] carga e descarga de produtos, entrada de funcionários, acesso ao *shopping* fora de horário de funcionamento e outros.”³¹ A escritura declaratória de normas gerais prevê as regras de organização e funcionamento do empreendimento. Os lojistas se vinculam a elas (regimento interno e normas gerais) ao firmarem o contrato de locação com o empreendedor.

Dentre as características inerentes ao contrato de locação em *shopping centers* está a *res sperata*, que consiste no pagamento realizado pelo lojista durante a construção do *shopping center* com o intuito de assegurar o espaço no *shopping center* e viabilizar a construção do empreendimento. Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

O idealizador do **shopping center** promove a viabilidade econômica do empreendimento, os estudos técnicos, projeto, localização e aparelhamento da área, construção, **tenant mix** das lojas – e tudo isto, que lhe exige dispêndios financeiros, oferece aos candidatos. Em contraprestação, obrigam-se estes a pagar-lhe, até que a edificação esteja concluída, uma prestação periódica (normalmente mensal), tendo como causa jurídica e econômica a segurança de uma localização no conjunto e as vantagens que a realização do **shopping center** lhes proporcionará. Economicamente, será inviável a realização se não pulverizar a contribuição entre os interessados.³²

Outra peculiaridade do contrato de locação em *shopping center* é a fixação do aluguel variável. Esta previsão é legal tendo em vista que o aluguel não precisa ser determinado, basta que seja determinável. Sendo assim, adota-se um valor mínimo para pagamento pelo lojista e um percentual sobre o faturamento bruto. Caso o percentual sobre o faturamento ultrapasse o valor do aluguel mínimo, o valor do aluguel equivalerá a esse percentual, ao contrário, se for abaixo, o locatário pagará o valor do aluguel mínimo estipulado no contrato.

Os contratos também preveem, em regra, o pagamento do aluguel mínimo em dobro no mês de dezembro (13º aluguel), sem prejuízo de se considerar o percentual sobre o faturamento bruto. Essa cláusula existe e justifica-se em razão de o empreendimento *shopping center* não ser um negócio estritamente imobiliário: o *shopping center* consiste em um estabelecimento, o empreendedor exerce atividade própria de empresário e tem como

³¹ MIGUEL, op. cit., p. 163.

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Shopping Centers”: organização econômica e disciplina jurídica. *Revista dos Tribunais*. Ano 73, vol. 580, 1984, p. 19.

obrigação se esforçar para manter o *tenant mix* do *shopping center*, de forma a atrair a maior clientela possível. Logo, é razoável que no mês de dezembro, indiscutivelmente o mês de maior vendas, o empreendedor aufera um lucro maior. Desarrazoado seria o empreendedor prever um aluguel mínimo ao longo do ano que inviabilizasse a atividade econômica do lojista.

Em razão do parâmetro de fixação de alugueis deve haver no contrato previsão de que o locador pode fiscalizar o caixa do lojista. Do contrário não haveria como o locador controlar o pagamento do aluguel sobre o faturamento, que poderia ser facilmente burlado pelo locatário.

Como forma de preservar o *tenant mix* do *shopping center* o locatário não pode mudar de ramo, bem como não pode ceder o contrato, tendo em vista que o *tenant mix* não se relaciona somente à diversidade de produtos ofertados, mas à qualidade desses produtos e bom atendimento.

Os contratos de locação celebrados entre o empreendedor e os lojistas compõem o estabelecimento *shopping center*. Os lojistas, considerados individualmente e em conjunto, bem como o empreendedor, são responsáveis pela atração da clientela para o *shopping center*. Por conseguinte, é natural que o empreendedor queira impedir que os lojistas que integram o *tenant mix* do *shopping center* de propriedade dele se instalem nas áreas adjacentes. Dessa forma, nas normas gerais complementares haverá, em regra, a previsão da cláusula de raio, que deverá ser observada por todos os lojistas que desejarem ingressar no *shopping center*.

1.2 Aspectos gerais da cláusula de raio

A cláusula de raio surgiu anteriormente aos *shopping centers* com a finalidade de proteger o locador. De acordo com Pedro Paulo Salles Cristofaro:

A origem dessas cláusulas precede à existência da indústria dos *shoppings centers*. As primeiras cláusulas de raio surgiram nos Estados Unidos na época da depressão econômica dos anos 30 do século passado, quando proprietários de imóveis passaram a admitir o pagamento de aluguéis calculados com base na receita bruta dos locatários, seja como forma de atrair lojas de departamento para áreas menos valorizadas das cidades, seja como meio de reduzir as despesas fixas do comerciante em dificuldades. A fixação de um aluguel variável, limitado a um determinado percentual da receita do locatário, seria uma forma de reduzir os riscos do locatário, facilitando-lhe a celebração do contrato de locação. [...] [Portanto] As cláusulas de raio foram incluídas em tais contratos de locação como um mecanismo de defesa

dos proprietários, para proteger a integridade do aluguel percentual contra a possibilidade de desvio do faturamento pelo locatário para outro estabelecimento similar. Em contrapartida ao risco assumido pelo locador, ao vincular sua própria remuneração ao faturamento percebido pelo locatário, o locatário se obrigaria a concentrar seus maiores esforços no sucesso do estabelecimento locado³³.

Desta maneira, originariamente, as cláusulas de raio surgiram para proteger o locador da possível má-fé do locatário, que após fixar a clientela abriria uma loja próxima de forma a desviar a clientela da loja anterior e burlar o pagamento do aluguel percentual.

A fixação do aluguel em bases percentuais – sem restrições quanto a abertura de outros estabelecimentos – daria ao comerciante o poder de, com alguma facilidade, reduzir unilateralmente a base de cálculo, e, conseqüentemente, o valor da remuneração a que o locador faria jus. Em outras palavras, sujeitaria um dos elementos essenciais do contrato de locação ao arbítrio de uma das partes.³⁴

Logo, a cláusula de raio equivaleria a uma contrapartida ao risco assumido pelo locador.

Quando, na década de 1950, os primeiros *shopping centers* surgiram nos Estados Unidos, as cláusulas de raio logo foram incorporadas a seus contratos de locação e passaram a estar presentes nos respectivos modelos de contratos, tão comuns naquele país. A identificação entre cláusulas de raio e *shopping centers* foi tão intensa que, em algumas publicações, a expressão “*shopping center*” foi incluída na própria definição de cláusula de raio.³⁵

No Brasil, as cláusulas de raio também foram incorporadas ao contrato de locação em *shopping center*. Como afirmado no item 1.1, elas estão previstas nas normas gerais complementares e “[...] podem ser classificadas como uma limitação convencional indireta de concorrência, ou seja, uma obrigação acessória em contrato que não tem por objeto principal a regulação da concorrência”.³⁶ Elas “[...] atuam como forma de preservar o potencial que cada lojista tem de atrair público para o *shopping*, o que tem impacto na própria formação e manutenção do *tenant mix*.”³⁷

Nesse contexto, o aspecto predominante da cláusula de raio não seria a proteção do

³³ CRISTOFARO, op. cit., p. 49/50.

³⁴ Ibid., p. 50.

³⁵ Id.

³⁶ BASILIO, João Augusto. *Shopping centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 136/137.

³⁷ CRISTOFORO, op. cit., p. 55.

empreendedor, na qualidade de fornecedor do imóvel, mas sim a proteção dos interesses globais da organização jurídica constituída por empreendedores e locatários, a proteção do *shopping center*.³⁸

Pedro Paulo Salles Cristoforo conceitua as cláusulas de raio como “[...] aquelas pelas quais o locatário de um espaço comercial se obriga, perante o locador, a não exercer atividade similar à praticada no imóvel objeto da locação em outro estabelecimento situado a um determinado raio de distância daquele imóvel.”³⁹ João Augusto Basilio ao se referir à cláusula de raio afirma que ela abrange a área de até dois quilômetros do *shopping center*.⁴⁰ Daniel Cerveira, por sua vez, define a cláusula de raio como a

[...] cláusula contratual pela qual o locatário (lojista) obriga-se a não constituir outra atividade idêntica ou congênere à sua (com extensão não só ao locatário como também aos seus sócios, empresas do grupo e até franquia) enquanto vigorar o pacto, cuja abrangência é fixada em extensão que varia de 1.000 metros a 3.000 metros (tendo-se notícia de até 5.000 metros).⁴¹

Em regra a cláusula de raio visa proibir que o locatário se estabeleça fora do *shopping center* dentro de um raio aproximado de 2 (dois) quilômetros do empreendimento ou dentro do período de 15 minutos de deslocamento. Em áreas cuja a densidade demográfica é maior, como em grandes cidades que, no geral, sofrem com congestionamentos, o raio de abrangência da cláusula tende a ser menor. No entanto, em áreas em que a população se desloca com maior facilidade, o raio considerado tende a ser maior. Em síntese, a cláusula de raio tende a variar de acordo com o tempo de deslocamento para se chegar até o empreendimento.

No aspecto material a cláusula de raio, em regra, atinge os sócios do locatário. Nas normas gerais do contrato de um *shopping center* ao qual se teve acesso (anexo B), a cláusula de raio está assim redigida:

4.5) - As DECLARANTES reservam-se no direito de resilir ou rescindir qualquer contrato de locação, se a locatária, sem a prévia concordância escrita das DECLARANTES, vier a abrir outro estabelecimento comercial, sede ou filial, que explore o mesmo ramo de atividade por ela exercida ou vier a utilizar o mesmo nome fantasia por ela adotado em qualquer de suas lojas no shopping center, desde

³⁸ Ibid., p. 58.

³⁹ Ibid., p.49.

⁴⁰ BASILIO, op. cit., p. 115.

⁴¹ CERVEIRA, Daniel Alcântara Nastri; SOUZA, Marcelo Dornellas. *Shopping Center: limites na liberdade de contratar*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 92.

que esse estabelecimento, sede ou filial, fique situado a uma distância inferior a 2.000m (dois mil metros lineares), de qualquer ponto do prédio do shopping center, distância essa considerada em linha reta, até o eventual e novo estabelecimento do locatário; 4.5.1) – As disposições contidas nesta cláusula estendem-se às empresas ou firmas de que os sócios das sociedades locatárias do shopping center participem ou venham a participar, direta ou indiretamente, como quotistas ou acionistas, na condição de controladores ou majoritários, ou através de franqueados, desde que se tratem de firmas ou franquias que explorem as mesmas atividades por ela[s] exercidas no shopping center;⁴²

A redação da cláusula não é idêntica em todos os contratos. No caso do contrato de locação mencionado *supra*, no que pese haver uma norma padrão prevista nas normas gerais complementares, há a possibilidade de ajustar a cláusula de raio no momento da celebração do contrato. Por exemplo, no contrato celebrado com uma das locatárias, em 02 de dezembro de 2010 (anexo A), a cláusula de raio foi ajustada nos seguintes termos:

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – O item 4.5 da Escritura Declaratória de Normas Gerais vigorará, durante todo o prazo contratual, com a seguinte redação: As DECLARANTES reservam-se o direito de resilir ou rescindir qualquer contrato de locação, se os LOCATÁRIOS, sem a prévia concordância escrita das DECLARANTES, vier a abrir outro estabelecimento comercial, sede ou filial, que explore o mesmo ramo de atividade por ela exercida ou vier a utilizar o mesmo nome fantasia por ela adotado em qualquer de suas lojas no Shopping Center, desde que esse estabelecimento, sede ou filial, fique situado a uma distância igual ou inferior a 400 (quatrocentos) metros lineares, de qualquer ponto do prédio do *Shopping Center*, distância essa considerada em linha reta até o eventual e novo estabelecimento do locatário, sendo certo, outrossim, que tal disposição não se aplica a outros Shoppings Centers que porventura estejam ou venham a estar dentro desta distância.⁴³

O empreendedor, ao proibir a abertura de novo estabelecimento no raio de 400m somente no comércio de rua, visa manter o potencial que cada lojista possui em atrair clientes para o *shopping center*, além de impedir que o lojista burle o aluguel percentual com a abertura de uma loja próxima, porque o raio de 400m poderia ser facilmente percorrido pelo consumidor a pé. Sendo assim, o lojista poderia manter uma loja com pouco estoque no interior do *shopping center* para se aproveitar das externalidades do empreendimento e, ao mesmo tempo, “obrigar” o cliente a comprar na loja de rua.

Como a redação da cláusula de raio não é idêntica deve-se traçar diretrizes para

⁴² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo nº 0020780-65.2014.8.19.0001. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.001.016935-0>> Acesso em: 02 mar. 2014.

⁴³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo nº 0020780-65.2014.8.19.0001. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.001.016935-0>> Acesso em: 02 mar. 2014.

analisá-la e concluir acerca da abusividade ou não da cláusula de raio, bem como se é lícito o fim perseguido pelo empreendedor ao estipulá-la: proteção do estabelecimento *shopping center*.

1.3 A licitude da cláusula de raio analisada sob a perspectiva de proteção ao estabelecimento shopping center

De acordo com o disposto no artigo 1.142 do Código Civil: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizados, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”. O estabelecimento “Compreende os bens indispensáveis ou úteis ao desenvolvimento da empresa [...] Não existe como dar início à exploração de qualquer atividade empresarial, sem a organização de um estabelecimento”.⁴⁴ Por conseguinte, o imóvel de propriedade do empresário que é destinado ao exercício da atividade econômica integra o estabelecimento.⁴⁵ No empreendimento *shopping center* o imóvel seria o principal elemento integrante do estabelecimento do empresário.

O estabelecimento é constituído por bens materiais e imateriais.

No primeiro grupo, encontram-se as mercadorias do estoque, os mobiliários, utensílios, veículos, maquinaria e todos os demais bens corpóreos que o empresário utiliza na exploração de sua atividade econômica. A propósito desses, importa destacar que a sua proteção jurídica não é diferente da liberada às demais coisas (corpóreas). [...] Os elementos imateriais do estabelecimento empresarial são, principalmente, os bens industriais (patente de invenção, de modelo de utilidade, registro de desenho industrial, marca registrada, nome empresarial e título de estabelecimento) e o ponto (local em que se explora a atividade econômica).⁴⁶

O conjunto de bens organizados para o exercício da atividade econômica possui um

⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. Vol. I, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 164.

⁴⁵ Rubens Requião traz posição em contrário. De acordo com o autor: “[...] se considerarmos o estabelecimento, na sua unidade, uma coisa móvel, claro está, desde logo, que o elemento *imóvel* não o pode constituir. É preciso, e é de bom aviso aqui frisar, que não se deve confundir *fundo de comércio* com *patrimônio*. O fundo de comércio não constitui todo o patrimônio, é parte ou parcela do patrimônio do empresário. A empresa, que é o exercício da atividade organizada pelo empresário, conta com vários outros elementos patrimoniais, por este organizados, para a produção ou troca de bens ou serviços que não integram o estabelecimento comercial. O imóvel pode ser elemento da empresa, não o é do fundo do comércio.” REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1º vol., 31ª, ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 350.

⁴⁶ COELHO, 2013, op. cit., p.169.

valor agregado a ele, o que o torna mais valioso. Esse valor agregado ao estabelecimento

[...] é referido, no meio empresarial, pela locução inglesa *goodwill of trade*, ou simplesmente *goodwill*. No meio jurídico, adota-se ora a expressão “fundo de comércio” (derivada do francês *fonds de commerce*, e cuja tradução mais ajustada seria, na verdade, “fundos de comércio”), ora “aviamento” (do italiano *avviamento*), para designar o sobrevalor nascido da atividade organizacional do empresário.⁴⁷

O aviamento não compõe o estabelecimento, apenas agrega valor a ele. Fábio Ulhoa Coelho sintetiza o significado de aviamento e sua utilidade prática:

Quando se negocia o estabelecimento empresarial, a definição do preço a ser pago pelo adquirente se baseia fundamentalmente no aviamento, isto é, nas perspectivas de lucratividade que a empresa explorada no local pode gerar. Isto não significa que se trate de elemento integrante do complexo de bens a ser transacionado. Significa unicamente que a articulação desses bens, na exploração de uma atividade econômica, agregou-lhes um valor que o mercado reconhece. Aviamento é, a rigor, sinônimo de fundo de empresa, ou seja, designam ambas expressões o sobrevalor, agregado aos bens do estabelecimento empresarial em razão da sua racional organização pelo empresário.⁴⁸

No estabelecimento *shopping center* existem diversos empresários (os lojistas) que organizaram um conjunto de bens para o exercício da empresa. Logo, cada lojista do *shopping center* titulariza um estabelecimento. Essas lojas ou esses estabelecimentos individualmente considerados compõem o estabelecimento *shopping center*.

As lojas que compõem o empreendimento [...] possuem um fundo de comércio próprio. Individualmente são capazes de atrair para o *shopping* grande número de clientes. É inquestionável a existência de um fundo de comércio do lojista que compõe o *shopping*. Seu fundo de comércio é, inclusive, considerado pelo empreendedor no momento da seleção das lojas que o integrarão. Verifica-se a preocupação do empreendedor em selecionar lojas renomadas, com diversidade de ofertas de produtos, tendo este boa qualidade, e também sua capacidade de atrair compradores para o *shopping*.⁴⁹

A preocupação do empreendedor com os estabelecimentos dos lojistas ocorre em razão de os contratos de locação celebrados comporem o estabelecimento *shopping center*.⁵⁰

⁴⁷ Ibid, p. 165/166.

⁴⁸ Ibid., p. 169.

⁴⁹ MIGUEL, op. cit., p. 148.

⁵⁰ Para Rubens Requião “Os contratos e as relações jurídicas não são bens, e a rigor escapam ao âmbito do estabelecimento comercial. [...] Os contratos não integram o estabelecimento comercial, pois *são elementos da empresa*. No exercício da empresa, de que é o fundo de comércio instrumento, o empresário é levado a firmar diversos contratos. Esses contratos se referem ao funcionamento desse instrumento de ação, que é o fundo de

Esses contratos, somados aos demais bens ou direitos do empresário do *shopping center* aumentarão o aviamento deste.

A clientela não pode ser considerada como elemento integrante do estabelecimento *shopping center*. A “Clientela é o conjunto de pessoas que habitualmente consomem os produtos ou serviços fornecidos por um empresário”⁵¹, por ser um conjunto de pessoas, a clientela não pode ser apropriada.⁵² Entretanto, o aviamento pode sofrer influência da clientela. “Inexiste, contudo, entre clientela e aviamento uma relação de [causa e] consequência, isto é, não se pode dizer que aquela seja causa deste, nem que o aviamento seja causa da clientela, mas uma evidência de maior aviamento é a maior clientela.”⁵³

O empreendedor ao selecionar as lojas visa a captação da maior clientela possível. Portanto, os lojistas devem ser capazes de atrair um bom número de clientes e o estabelecimento *shopping center*, por si só, também deve ser capaz de atrair a clientela, que apesar de não apresentar uma relação de causa e consequência com o aviamento, é um indicativo de maior aviamento. O *shopping* pode ter uma clientela grande, mas consistir majoritariamente de adolescentes que apenas frequentam a área de lazer e a praça de alimentação, ao contrário o *shopping center* pode ter uma clientela mais reduzida, no entanto ser constituída por pessoas que adquirem mais produtos e serviços.

Como o objetivo do empreendedor e dos lojistas é atrair consumidores, eles são interdependentes, fato que reflete a relação de cooperação estabelecida entre eles (ver item 1.1).

O empreendedor firma com os diversos lojistas uma série de contratos coligados que formam uma rede de contratos. [...] E a causa supracontratual da rede de contratos criada [...] é o exercício das atividades empresariais de todos os lojistas e do empreendedor de forma integrada, ou, em outras palavras, a criação e manutenção da empresa de conjunto, organizada para fornecer o máximo de produtos e de serviços aos consumidores.⁵⁴

comércio ou *azienda*, mas não o integram. Não podemos a rigor, por exemplo, afirmar que os contratos de trabalho constituem elementos do fundo de comércio. Eles dizem respeito ao exercício da empresa, ajustados que são pelo empresário. Não podemos confundir a empresa com o fundo de comércio, pois aquela, repetimos, é o exercício da atividade do empresário e este é o instrumento daquele exercício.” REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 351.

⁵¹ COELHO, 2013. op. cit., p. 169.

⁵² COELHO, 2013. op. cit., p. 170.

⁵³ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*. Vol. I, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 114.

⁵⁴ BARCELLOS, op. cit., p.88.

Com essa relação busca-se a integração do lojista no *shopping center* e o benefício mútuo deste e do empreendedor. Rodrigo Barcellos afirma:

A causa dos contratos individualmente firmados está imbricada à causa supracontratual da rede de contratos: a função econômica do contrato firmado entre empreendedor e lojista é a criação, manutenção e desenvolvimento da empresa de conjunto. O resultado prático pretendido pelas partes é a integração do estabelecimento do empresário-lojista no shopping, para que ele pratique sua atividade empresarial beneficiado pelas vantagens de integrar o centro, estrutura criada e mantida pelo empreendedor, também na prática de sua atividade empresarial.⁵⁵

O contrato de locação celebrado entre o empreendedor e cada lojista individualmente integra uma rede de contratos, que tem como objetivo final a cooperação entre eles para maior obtenção de lucros.

Os shopping centers estão, portanto, sujeitos a retornos crescentes, derivados de diversos tipos de externalidades positivas. Em particular, existem externalidades de demanda inter-lojas, proporcionadas pelo poder de atração de consumidores detido, sobretudo, pelas chamadas lojas âncoras (lojas de departamentos, por exemplo). De modo geral, cada loja produz para as demais um benefício por ela não internalizado, associado aos efeitos do tráfego de seus consumidores específicos sobre as vendas das demais lojas instaladas no mesmo shopping. Além do mais, as vendas de uma loja também dependem dos esforços de vendas – muitas vezes não observáveis - de outras lojas e do próprio empreendedor [...]⁵⁶

Em síntese, cada loja que compõe o estabelecimento *shopping center* atrai um determinado número de clientes. O poder de atração individual de cada lojista beneficia a todos e quanto mais cada lojista se esforça para atrair mais clientes, maior será a venda de todos eles, pois o fluxo de clientes no *shopping center* aumentará. Da mesma forma, quanto mais o empreendedor se esforça para atrair mais clientes, maior será a venda dos lojistas.

Portanto, o *shopping center* consiste em um estabelecimento formado pelo somatório dos estabelecimentos dos lojistas individualmente considerados, bem como de toda infraestrutura, conforto e comodidade que oferece aos clientes, como estacionamento, praça de alimentação, espaços de convivência, além de bom atendimento. Conforme dispõe Luiz Octávio Bandeira:

[...] se por um lado o lojista [...] organiza seu estabelecimento comercial para lhe dar o sobrevalor, conhecido como fundo de empresa, o empreendedor também exerce uma organização de bens que necessariamente conduzem à formação de um fundo

⁵⁵ Ibid., p. 111.

⁵⁶ FAGUNDES, Jorge. Cláusulas de raio e o caso Iguatemi. *Revista do IBRAC*. Vol. 14, nº 6, 2007, p. 74.

de empresa. Com efeito, é o empreendedor do shopping center que exerce a difícil tarefa de angariar os recursos para a construção do empreendimento, planejando-o de um modo estritamente calculado para que se torne um lugar atrativo para a clientela que venha frequentá-lo. Antes mesmo da abertura do shopping, o empreendedor deverá estruturar qual será o conjunto harmonioso de lojistas que lá se estabelecerão, evitando assim a concorrência prejudicial entre eles, o que se dá pela organização do denominado “tenant mix”, que nada mais é do que a disposição de lojas, em um projeto arquitetônico criado exatamente com esse fim. É possível dizer que a própria disposição das lojas em um shopping representa o fundo de empresa do empreendedor desse ramo, uma vez que a disposição única e agradável é justamente o que leva um cliente a frequentar um determinado shopping. [...] Esse aspecto é importante, mas não se pode esquecer também de outras vantagens oferecidas pelos shopping centers como a comodidade e a segurança.⁵⁷

Logo: “O empreendedor, embora não comercialize diretamente produtos, possui um complexo de bens organizados para o desenvolvimento de sua atividade. Exerce, ele atividade economicamente organizada para a circulação de bens ou serviços”.⁵⁸

O empreendimento ganha tanto destaque que a clientela é atraída também pelo *shopping center* em si. No entanto, não se pode desconsiderar o poder de as lojas individualmente atraírem a clientela, principalmente em relação às lojas âncoras.

Em síntese, o *shopping center* se organiza de forma a se constituir em um todo unitário e harmônico e as relações entre os lojistas e o empreendedor ocorrem através de contratos de locação. As normas do contrato de locação devem ser interpretadas de forma a

[...] apurar a vontade comum. E vontade comum do empreendedor e dos lojistas é dar vida ao shopping, com a integração dos estabelecimentos empresariais individuais no centro comercial de forma a criar a empresa de conjunto – fazer surgir o efeito que supera a soma das lojas, levando ao aumento de público consumidor e ao aumento de lucro de todos os participantes do sistema.⁵⁹

O empreendedor é o responsável direto por atrair a clientela. Quanto melhor ele exercer a atividade empresarial *shopping center* maior sucesso o empreendimento alcançará.

O empreendedor [...] pratica uma série de atos orientados para a criação e manutenção de uma organização - o shopping -, visando aumentar as vendas dos produtos e dos serviços das lojas integrantes do centro comercial, com a atração de grande quantidade de consumidores. Ao projetar, executar e administrar uma estrutura com a finalidade de melhorar a distribuição de produtos e serviços dos lojistas para o mercado, o empreendedor está produzindo riqueza - age, portanto, no exercício de uma atividade econômica. Longe de passivamente ceder o uso de seu imóvel aos lojistas, o empreendedor utiliza o imóvel para produção de nova riqueza, explorando-o como um estabelecimento. O shopping, analisado globalmente, é, ele

⁵⁷ BANDEIRA, op. cit., p. 252/253.

⁵⁸ MIGUEL. op. cit., p. 150.

⁵⁹ BARCELLOS, op. cit., p. 96.

mesmo, um estabelecimento de conjunto, formado pela integração dos estabelecimentos dos lojistas. Com efeito, o shopping tem por si uma aptidão funcional que ultrapassa a das lojas atomisticamente consideradas – desempenha uma função comercial que se baseia no conjunto, o que potencia enormemente o valor de cada loja.⁶⁰

Desse modo, o exercício da atividade de *shopping center* é essencial para o sucesso do empreendimento. É justamente essa atividade econômica exercida pelo empresário que atua no ramo de *shopping center* que diferencia o empreendimento das galerias e, em regra, confere legitimidade às cláusulas inerentes ao contrato de locação em *shopping center*.

O compromisso do empreendedor em atrair a clientela não se exaure na formação de um bom *tenant mix*. Para que o empreendedor consiga manter o bom fluxo contínuo de clientes no estabelecimento *shopping center* ele deve impor regras aos lojistas e fiscalizar o cumprimento com o objetivo de bem atender os clientes e manter a qualidade dos produtos e serviços oferecidos. De acordo com Paula Castello Miguel:

Algumas regras são impostas ao lojista para garantir o alto padrão das mercadorias e serviços por ele oferecidos. Estas regras vão desde a impossibilidade de comercialização de produtos usados até a necessidade de se manter um estoque suficiente para atender o movimento do *shopping*. A capacidade de atração de clientela pelo lojista também é ponto analisado pelo empreendedor ao selecionar os estabelecimentos que integrarão o *shopping center*.⁶¹

Além disso, o *tenant mix* não permanecerá estático, “o empresário deve constantemente ajustar o complexo às imposições do mercado de consumo (por exemplo: substituindo ou subtraindo lojas âncoras, oferecendo produtos da moda, melhorando a praça de alimentação)”.⁶²

O empreendedor, por sua vez, longe de ficar de forma passiva auferindo os rendimentos decorrentes da cessão de uso, deve, diretamente ou por terceiro contratado, administrar o shopping, tendo uma visão global do negócio, mantendo o mix projetado – que somente será alterado de acordo com as exigências dos consumidores - e promovendo o centro como um todo, sem injustificadamente privilegiar um ramo de atividade em detrimento dos demais.⁶³

Por conseguinte, “se o consumidor está nutrindo particular afeição por certa marca de

⁶⁰ Ibid., p. 86/87.

⁶¹ MIGUEL, op. cit., p. 145.

⁶² COELHO, 2010, op. cit., p. 57.

⁶³ BARCELLOS, op. cit., p. 78.

doçaria, o empreendedor deve procurar atrair o titular desta, ou um franqueado, propondo-lhe condições vantajosas para se estabelecer no *shopping*".⁶⁴ Isso demonstra que o *tenant mix* do *shopping center* não permanece estático e o dinamismo dele é ditado pelas exigências do público consumidor. Conforme Fábio Ulhoa Coelho: "Mesmo para enfrentar a concorrência entre os *shopping centers*, o empresário deve constantemente ajustar o complexo às imposições do mercado de consumo (por exemplo: substituindo ou subtraindo lojas âncoras, oferecendo produtos da moda, melhorando a praça de alimentação)".⁶⁵

Em síntese, o empreendedor

deve planejar, executar e manter a unidade exploracional nos *shopping centers*. O empreendedor deve ter uma visão geral, de conjunto, do negócio global que é o *shopping*. A ele cabe zelar pelo sucesso da unidade formada pela pluralidade dos lojistas. A imprescindibilidade da figura centralizadora do empreendedor é a razão pela qual, em geral, os *shopping centers* não adotam estruturas jurídicas nas quais os lojistas tenham o domínio do imóvel, quer diretamente, com a constituição do condomínio especial – no qual as lojas são partes autônomas, exploradas diretamente pelo lojista proprietário -, quer indiretamente, com a venda aos lojistas de parte das quotas ou das ações da pessoa jurídica que é a proprietária da totalidade do imóvel.⁶⁶

Não só os lojistas devem se empenhar para oferecer produtos e serviços de qualidade, o empreendedor deve ter uma postura ativa no direcionamento do *shopping center*, tendo como norte o aumento do faturamento dos lojistas, que repercutirá, em razão do aluguel percentual, no aumento do faturamento do empreendimento.

Além disso, o sucesso de um *shopping center* depende do permanente planejamento e execução de estratégias de marketing, coordenados pelo empreendedor, que beneficiam a todos os seus integrantes [...] Essa internalização permanente de esforços de promoção, assim como a verdadeira transferência de clientela, se dá não apenas entre lojistas, mas, reciprocamente, entre lojistas e o *shopping center* como um todo, sendo legítima a proteção que se estabeleça para que tais esforços e clientela não sejam desviados para outros núcleos de interesse. Em tais circunstâncias, parece impossível negar-se à cláusula de raio a condição de restrição ancilar, destinada a dar suporte e viabilizar a integração entre os diversos elementos do *shopping center*, tornando efetiva a união de interesses entre seus participantes, preservando seus respectivos pesos relativos e impedindo o desvio da clientela resultante dos esforços comuns.⁶⁷

⁶⁴ COELHO, 2010, op. cit., p. 57.

⁶⁵ Ibid., p. 57.

⁶⁶ BARCELLOS, op. cit., p. 78.

⁶⁷ CRISTOFARO, op. cit., 68/69.

A cláusula de raio, considerando o papel desempenhado pelo empreendedor na contínua atração da clientela e a capacidade de cada lojista de atraí-la para o *shopping center*, seria um acordo que tem como objetivo manter a eficiência do estabelecimento *shopping center*. Isto ocorre porque a cláusula de raio facilita a manutenção das externalidades de tráfego gerada por cada lojista. Por conseguinte, beneficia o empreendedor, que lucra com o aluguel percentual e, indiretamente, beneficiaria todos os lojistas (ver item 1.6). Destarte, por esse aspecto, o interesse individual, consistente em se estabelecer também na parte externa próxima do empreendimento, deveria ser subjugado em prol do interesse da coletividade.

De acordo com Pedro Paulo Salles Cristofaro:

[...] [a] concorrência não se dá apenas entre a loja específica nas proximidades do *shopping* e outra loja, oferecendo o mesmo produto ou serviço, no interior do *shopping*. O que está em jogo não é apenas a concorrência entre farmácias, ou entre cinemas, ou entre livrarias. A localização de uma farmácia, ou de uma livraria, ou de um cinema nas vizinhanças do *shopping* afeta o poder de atração das farmácias, livrarias e cinemas no interior do *shopping* e, conseqüentemente, afeta o fluxo de público no empreendimento. O impacto, com certeza, será ainda maior se a farmácia, a livraria ou o cinema das redondezas fizer parte das mesmas cadeias, ostentar as mesmas marcas que as dos estabelecimentos localizados dentro do *shopping*. Quando uma mesma loja se instala em dois *shoppings* de um mesmo tipo, e que atendem a uma mesma região geográfica, a relação de concorrência é ainda mais evidente. Ao integrar ambos os *tenant mix*, a loja torna-se neutra como fator determinante da escolha, pelo consumidor, do *shopping* ao qual frequentará. O consumidor, que quer adquirir um produto específico naquela loja, continuará escolhendo entre dois *shoppings*, mas por outros motivos, que não a presença daquela loja em si.⁶⁸

Em razão da obrigação do empreendedor em envidar esforços para atrair a clientela a cláusula de raio poderia ser justificada nesses contratos como necessária para a preservação do fluxo contínuo de clientes dentro do *shopping center* pois, uma vez autorizada a abertura da loja na região externa, determinados clientes deixariam de ingressar no *shopping center*. Como afirma Pedro Paulo Salles Cristoforo:

A produtividade do *shopping center* como um todo, a capacidade do empreendimento de fazer com que seus diversos elementos autônomos interajam e alavanquem seus resultados, está diretamente relacionada ao *tenant mix* e ao peso relativo que cada comerciante instalado no *shopping* tem de atrair consumidores, internos e externos.⁶⁹

O objetivo precípua da cláusula de raio é a proteção da clientela do *shopping center*,

⁶⁸ Ibid., p. 57/58.

⁶⁹ Ibid., p. 68.

que o empreendedor tanto se esforça para manter, “[...] impedindo que tal clientela seja desviada para outro estabelecimento que não se integre no sistema do *shopping center*”⁷⁰ ou até mesmo para lojas de rua nas cercanias do empreendimento.

Ademais, deve-se considerar que o empreendedor ao selecionar as lojas que comporão o *tenant mix* do empreendimento realiza um estudo de viabilidade técnica na região em que o empreendimento está localizado e identifica a demanda do mercado relevante por ele considerado para após constituir o *tenant mix*.⁷¹ Caso a loja que ingressou no *shopping center* resolva se fixar na parte externa haverá alteração da demanda de consumo da região, o que pode alterar o poder de atração de clientela dessa loja específica e, até mesmo, a necessidade dela na formação do *tenant mix*, ou seja, essa loja poderia passar a ser “descartável” pelo empreendedor.

Outrossim, mesmo considerando que a demanda da região se alteraria naturalmente com o passar dos anos, e que até mesmo as necessidades e interesses do consumidor se alteram (o *tenant mix* é dinâmico), a cláusula de raio confere ao empreendedor a capacidade de manter o *tenant mix* atrativo por maior período, ao menos no que depender da alteração do comércio na parte externa do empreendimento pelos lojistas integrantes do *shopping center*. Então, a cláusula de raio, ao proteger, ao menos por um período de tempo, o *tenant mix* do empreendimento, protege o aviamento, que são as perspectivas de lucratividade do *shopping center*.

Além disso, quanto às alterações do *tenant mix* promovidas pelo surgimento de novas marcas ou em razão dos novos hábitos adquiridos pelos consumidores, tendo em vista o forte poder de atração da clientela pelo empreendimento, ele será capaz de atrair essas novas lojas “cobiçadas” pelos consumidores. Ao contrário, se o poder de atração de clientela deixar de ser bom, essas novas lojas preferirão se fixar na parte externa do empreendimento ou em algum outro *shopping center*.

Dessa forma, a cláusula de raio além de poder ser justificada em razão do ingresso do lojista no *shopping center* ser devido a estudos mercadológicos, seja prévio ou durante o funcionamento do empreendimento, se justifica para a manutenção do poder de atração de clientela. Se as lojas fossem para a parte externa o poder de atração diminuiria, o que inviabilizaria a atração de novos lojistas, a manutenção dos demais lojistas no empreendimento e a própria manutenção do empreendimento em si.

⁷⁰ Ibid., p. 59.

⁷¹ Ibid., p. 58.

Portanto, a cláusula de raio, por si só, não é ilícita, por não ser vedada pelo ordenamento, ao contrário, ela é permitida, como será visto no tópico seguinte. Ademais, a estipulação, a princípio, não cria obrigações desproporcionais para as partes, o que não impede que ela seja considerada abusiva se conjugada com outras normas. Caso a cláusula de raio, por si só, criasse obrigação desproporcional ela deveria ser declarada ilícita por ferir preceito de ordem pública: a boa-fé objetiva.

1.4 Cláusula de raio analisada sob o prisma da liberdade contratual assegurada pelo artigo 54 da Lei nº 8.245/91

O liberalismo foi um período marcado pelo individualismo, época em que a burguesia em ascensão quis limitar o controle do Estado sobre os seus negócios. Portanto, o direito priorizava a liberdade no âmbito contratual e a força obrigatória dos contratos. De acordo com André Soares Hentz:

A concepção tradicional de contrato, baseada na autonomia da vontade, na obrigatoriedade e na relatividade de seus efeitos refletia a realidade sócio-econômica do liberalismo. Procurava-se garantir a igualdade entre as partes contratantes para que elas pudessem estabelecer livremente as cláusulas do pacto, cabendo ao Estado tão-somente a função de estabelecer as regras da liberdade privada, sem que houvesse qualquer interferência nas contratações.⁷²

No entanto “A partir da segunda metade do século XIX verificou-se que o modelo clássico de contrato, ao invés de garantir a livre manifestação da vontade dos contratantes, passou a escravizar a parte social ou economicamente mais fraca”.⁷³ A desigualdade formal das partes contratantes levou à necessidade de interferência do Estado na liberdade contratual dos indivíduos. Desta maneira, o Estado passou a interferir no conteúdo e no cumprimento dos contratos com a previsão de normas de ordem pública que devem ser observadas durante todas as fases contratuais. Desse modo, “Pode-se dizer que o dirigismo contratual restringiu a autonomia da vontade dos contratantes, na medida em que foram elaboradas normas de ordem

⁷² HENTZ, André Soares. *Ética nas relações contratuais à luz do Código Civil de 2002: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva*. Juarez de Oliveira, 2007, p. 57.

⁷³ HENTZ, op. cit., p. 63.

pública que fixaram princípios mínimos norteadores para a sua validade e eficácia”.⁷⁴ Como esclarece Arnold Wald:

Não desaparecem [...] nem a autonomia da vontade, nem a liberdade de contratar, mas ambas mudam de conteúdo e de densidade, refletindo a escala de valores e o contexto de uma sociedade em constante evolução, bem como de um Estado que precisa e deve ser eficiente por mandamento constitucional (art. 37, caput, da Constituição Federal, com a redação da EC nº 19/98).⁷⁵

Portanto, em razão da evolução do direito contratual:

Não é mais possível manter o contrato como existiu no passado. [...] O novo contrato que surge, agora, no século XXI, não tem mais a rigidez característica de outros tempos. [...] O contrato é, hoje, um instrumento de cooperação que deve atender aos interesses tanto das partes quanto da sociedade, admitindo-se até a existência de uma *affectio contractus* não muito distinta da que há entre os sócios de uma empresa ou da que se faz presente na vida conjugal.⁷⁶

Nesse sentido Priscila Brolio Gonçalves esclarece:

[...] a concepção tradicional de contrato, associada à idéia de autonomia de vontade, está fortemente ligada à ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do capitalismo. Por esse motivo, a liberdade de contratar é considerada por muitos autores como elemento essencial do contrato, não havendo que se falar nesse instituto nas situações em que tal liberdade é limitada, no que se refere à parte contratante, ao conteúdo do contrato ou, até mesmo, à decisão de contratar ou não. Já o contrato no direito contemporâneo encontra-se marcado pelo desequilíbrio (cujo reconhecimento toma o lugar ocupado pela igualdade formal), bem como pela modificação na técnica de vinculação (novos processos de formação de contrato, entre os quais se destacam a massificação, a uniformização de suas condições e a despersonalização dos contraentes) e pela intromissão do Estado na vida econômica (e no contrato), limitando legalmente a liberdade de contratar e encolhendo a esfera de autonomia privada.⁷⁷

A liberdade contratual é um princípio assegurado pelo ordenamento jurídico. No entanto “Limites para a liberdade de contratar existem e aparecem na medida das

⁷⁴ Ibid., p. 64.

⁷⁵ WALD, Arnaldo. O interesse social no direito privado. *Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região*. Nº 77, mai./jun., 2006, p. 136.

⁷⁶ Ibid., p. 135.

⁷⁷ GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro*. 2008. 341 p. Tese (Doutorado em direito), sob orientação do professor doutor Calixto Salomão Filho. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 101.

necessidades de promover a convivência entre agentes em sociedade”.⁷⁸ Por isso, as partes ao celebrarem os contratos devem se ater “[...] aos valores essenciais do ordenamento - valores, esses, determinados pelos princípios, pelas normas imperativas ou cogentes, pela ordem pública e também por valores sociais que se ajustam aos anseios da comunidade a cada momento”.⁷⁹ A liberdade contratual, então, não deve ser interpretada de modo absoluto. Ademais, conseqüentemente, o poder conferido às partes para contratar, autonomia privada, submete-se as mesmas restrições, tendo em vista que a autonomia privada e a liberdade contratual, se não são sinônimos, ao menos se complementam.

A interferência do Estado no âmbito contratual, ao contrário do que possa parecer, não ameaça a existência do contrato, ao contrário “[...] garante a sua sobrevivência, da mesma forma que a intervenção do Estado garante o sistema de livre mercado”.⁸⁰ O Estado tem a função de “[...] alcançar o equilíbrio nas relações privadas”⁸¹, tendo em vista que: “O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso”.⁸²

Como forma de limitar a autonomia privada, o Código Civil recepcionou no artigo 421 a cláusula geral da função social dos contratos e no artigo 422 a cláusula geral da boa-fé objetiva. De acordo com Daniel Cerveira e Marcelo Dornellas: “As cláusulas gerais caracterizam-se como normas de ordem pública aplicáveis a todas as relações, sem distinção e independente de provocação”.⁸³

Nesse tópico a análise da liberdade contratual será realizada com base na boa-fé objetiva. Os efeitos da cláusula de raio podem acarretar impactos na ordem econômica, o que atingirá os concorrentes das partes contratantes e os consumidores. Isto atinge o princípio da função social do contrato, que será objeto de estudo no âmbito do direito da concorrência no capítulo seguinte.

⁷⁸ SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XLIV, jul./set., 2005, p. 38.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 38.

⁸⁰ GONÇALVES, op. cit., p.104.

⁸¹ CERVEIRA; SOUZA, op. cit., p. 119.

⁸² AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos tribunais*. Ano 87, v. 750, abr., 1998, p. 120.

⁸³ CERVEIRA; SOUZA, op. cit., p. 98.

O artigo 54 da Lei nº 8.245/91, como mencionado, estabeleceu que nos contratos de locação em *shopping center* devem prevalecer as cláusulas livremente estipuladas entre as partes. Deste modo, a cláusula de raio seria justificada pela liberdade contratual assegurada a todos os contratantes de forma geral e, no caso específico do contrato de locação em *shopping center*, reforçada pelo artigo citado. No entanto, apesar de, *a priori*, ser permitida a estipulação da cláusula de raio, ela para ser considerada lícita não poderá ferir os valores essenciais do ordenamento (ver item 1.3). Nesse sentido Daniel Cerveira e Marcelo Dornellas observam:

Os contatos de *shopping centers*, e não poderia ser diferente, também devem subsumir-se a esse novo sistema, independente de sua natureza jurídica, visto que, seja qual for seu enquadramento, trata-se, definitivamente, de contratos. A prevalência da liberdade contratual outorgada às relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center* deve também estar condicionada aos limites objetivos e subjetivos impostos pelos princípios e cláusulas gerais, até porque não haveria razão aparente que legitimasse tal alvedrio nessa exclusiva modalidade, a despeito de suas características especiais.⁸⁴

A cláusula de raio, em regra, vem acompanhada de outra que “[...] estende a proibição de estabelecimento da Loja com o mesmo nome, ou apenas mesmo ramo de atividade, aos sócios ou quotistas do locatário, impedindo-os também de explorar a atividade que exercem no Shopping, nas proximidades, num raio de 2.000 m (dois mil metros)”.⁸⁵

De acordo com Ladislau Karpát, a cláusula de raio em si “[...] não fere os bons costumes, não infringe qualquer lei, e tampouco agride o princípio da boa-fé”⁸⁶, em razão da proteção do *tenant mix* do *shopping center* (ver item 1.3). O autor afirma que:

Muitas vezes, num futuro até não muito distante, um novo Shopping Center se estabelece nas proximidades, quando não literalmente do outro lado da rua. Prevendo o empreendedor-locador esta possibilidade, é quase que obrigado, na medida do possível e do permitido, defender os interesses do grupo de comerciantes que integram o Shopping; pois estão em jogo não apenas seus negócios, mas de todos que compõem o seu Centro. Observados, então, todos os preceitos legais, a cláusula assim mencionada é válida, não havendo mesmo como negar seu conteúdo. Note-se, ainda, um fato extremamente importante a acrescer como argumento, nessas situações. Os casos mencionados de proibição, nem ao menos são de estabelecimentos de caráter de utilidade à população.⁸⁷

⁸⁴ Ibid., p. 119.

⁸⁵ KARPAT, Ladislau. *Locação em geral e aluguéis em shopping centers*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 149.

⁸⁶ Ibid., p. 150.

⁸⁷ Id.

No entanto, no que se refere à cláusula que estende a proibição imposta pela cláusula de raio aos sócios do locatário, Ladislau Karpat pondera:

Esta espécie de pactuação [...] extrapola [...] os limites do que pode ser acertado numa simples ESCRITURA DECLARATÓRIA, DE NORMAS REGEDORAS. Tal pacto arranha frontalmente o princípio de liberdade preconizado no art. 5º da Carta Magna. [...] O que se conclui é que as proibições relativas aos locatários, examinadas em primeiro plano, obedecem certas regras e são válidas. Já os mesmos princípios não contemplam as redações de cláusulas como as sob enfoque. [...] O pacto que impede a formação de sociedades, ou apenas a participação de locatária em outras empresas, apenas porque estas se situam num raio próximo ao Centro Comercial, é nulo. A redação de cláusulas assim referidas não só ferem o disposto no art. 5º da Constituição, mas também contrariam o disposto no §4º do art. 173. [...] o empresário ou comerciante poderá constituir novas empresas, ou associações, pois inexistente restrição que os impeça de fazer.⁸⁸

Portanto, essa cláusula, ao estender a restrição para os sócios e locatários, para o autor supracitado, afrontaria o princípio de liberdade do exercício da atividade econômica. Desse modo, ela seria ilícita, tendo em vista que a autonomia privada deve observar os preceitos legais.⁸⁹ O autor ainda afirma para justificar o posicionamento adotado que “[...] o máximo que se pode admitir de uma Escritura Declaratória, é o direito de um empreendedor proteger o seu empreendimento. A restrição que passa a prejudicar o outro, não pode prevalecer”.⁹⁰ Como a restrição à livre iniciativa produz reflexos no direito concorrencial, esse aspecto será analisado mais detidamente no capítulo seguinte.

Por ora cabe analisar se a extensão da cláusula de raio pode ser considerada ilícita por ferir a liberdade contratual dos sócios do lojista. Como visto acima, a liberdade contratual pode, em regra, ser limitada pelo conteúdo do contrato, desde que a restrição não consista em abuso do direito ou violação da função social dos contratos.

Outrossim há de se reconhecer que se o empreendedor não estender a vedação para os sócios da locatária a cláusula de raio não atenderá o fim para o qual ela foi estipulada. Por conseguinte, no que pese a posição do autor supracitado em considerar a extensão ilícita, através de uma interpretação finalística da cláusula, deve-se concluir que a cláusula que estende a restrição também deve ser considerada lícita, assim como a cláusula de raio.

Suponha-se uma sociedade Y que atue no ramo de comércio varejista de calçados masculinos. Essa sociedade ingressou no *shopping center* Z em decorrência do estudo de viabilidade técnica desenvolvido no raio de abrangência deste *shopping center*, onde se

⁸⁸ Ibid., p. 151.

⁸⁹ Id.

⁹⁰ Id.

verificou que uma loja de calçados masculinos representava uma demanda do mercado relevante. Na medida em que os sócios da sociedade empresária Y puderem constituir uma nova sociedade que atue no mesmo ramo, para ingressar no *shopping center* W, a ser instalado dentro da área abrangida pela cláusula de raio, as necessidades do mercado relevante considerada pelo *shopping center* Z serão alteradas. Além disso, o poder de atração de clientela da loja de calçados masculinos do *shopping center* Z diminuirá, pois apesar de não ser a mesma sociedade empresária, ela é constituída pelos mesmos sócios que irão desempenhar a mesma atividade no *shopping center* W e, muito provavelmente, comercializarão as mesmas marcas. Ainda que não sejam exatamente os mesmos sócios, o *know how* de uma sociedade empresária pode ser transferido à outra. Portanto, se não houver a extensão aos sócios do lojista, a cláusula de raio seria ineficaz por si mesma.

Sendo assim, seguindo o raciocínio que a cláusula de raio se justifica para a preservação do *tenant mix* do *shopping center*, desenvolvido com base no estudo de viabilidade técnica do empreendedor, a restrição aos sócios do locatário seria decorrência natural da cláusula de raio. Desse modo, essa cláusula também deve ser considerada lícita.

A licitude das cláusulas, mesmo diante da liberdade contratual assegurada às partes no contrato de locação em *shopping centers*, sempre deverá ser averiguada diante dos princípios e cláusulas gerais do ordenamento.

1.5 Contrato de adesão e abusividade da liberdade contratual na previsão da cláusula de raio

O fato de nos contratos de locação em *shopping center* haver previsão de que os locatários se submetem às normas gerais complementares não pode ser capaz de levar à conclusão de que o contrato de locação em *shopping center* consiste em um contrato de adesão. De acordo com Virginia de Medeiros Claudino Milani:

As cláusulas contratuais gerais têm sua principal utilização nos contratos de adesão. Os contratos de *shopping center* são constituídos por cláusulas contratuais gerais. Mas essa característica não autoriza dizer que os contratos de *shopping center* são contratos de adesão. Nos contratos de *shopping center*, se houver possibilidade, por parte de algum lojista, de discutir e modificar as cláusulas contratuais gerais preestabelecidas pelo empreendedor, essa circunstância [...] pode significar a possibilidade de existência de contrato negociado. Considerando que somente as modificações substanciais do conteúdo das cláusulas contratuais gerais

descharacterizam o contrato de adesão, resta saber o que são modificações substanciais.⁹¹

Portanto, caso o locatário no momento da celebração do contrato consiga promover a alteração de cláusulas substanciais o contrato de locação em *shopping center* deixaria de consistir em um contrato de adesão e passaria a ser um contrato negociado. Por cláusulas substanciais devem ser entendidas

as cláusulas imprescindíveis para se entender na sua globalidade e complexidade o sentido da operação. Assim acontece com as cláusulas que determinam: o horário de funcionamento comum das lojas; a qualidade dos produtos e serviços ofertados; a proibição ao direito de preferência na aquisição do imóvel, evitando os percalços inerentes ao direito de propriedade; a não exclusividade no ramo de atuação, dando ao consumidor a possibilidade de escolha; a proibição de cessão, empréstimo ou sublocação de parte da área locada a terceiros, conservando o equilíbrio do *tenant mix*; a unidade estética do empreendimento, com a supervisão de vitrines e de decoração de interiores, para que se forme uma imagem única do shopping. [...] Já as cláusulas de cunho econômico [...] não dizem diretamente com o *modus operandi* de um *shopping* e, por conseguinte, tendemos a não considerá-las como substanciais.⁹²

Como, em regra, o locatário não é capaz de modificar as cláusulas operacionais do *shopping center* pode-se afirmar que o contrato de locação em *shopping center*, na maioria das vezes, será um contrato de adesão. Judith Martins-Costa coaduna com o entendimento de que se trata de um contrato de adesão, tendo em vista que o lojista adere às normas gerais complementares redigidas unilateralmente pelo empreendedor.⁹³ No entanto, isso não significa, *a priori*, que devam ser aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o lojista não pode ser considerado como destinatário final do serviço prestado pelo estabelecimento *shopping center* (ver item 1.2).

Entre as características essenciais dos contratos de *shopping center* [...] [destaca-se] a que se prende ao objeto do contrato. O lojista almeja integrar-se ao complexo empresarial para poder repassar aos seus clientes essa estrutura técnica. O bem jurídico objeto da contratação será repassado aos seus consumidores, esses sim destinatários finais do bem. Essa é a razão porque celebra o contrato, exercer sua atividade em condições mais eficientes e completamente diferentes das que se exercem numa loja de rua. Dessa forma, mesmo antes do advento do Código Civil,

⁹¹ MILANI, Virginia de Medeiros Claudino. *Contrato de shopping center*. 2005. 210 p. Tese (Doutorado em Direito), sob orientação do professor doutor Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 70.

⁹² *Ibid.*, p. 71.

⁹³ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 115.

já entendíamos que o lojista não era consumidor, porque não era destinatário final econômico do bem contratado.⁹⁴

Sem embargos, em razão da desigualdade das partes (se houve submissão de qualquer das partes há desigualdade entre elas), o judiciário corrigirá essa desigualdade diante do caso concreto. Nesse sentido Arnoldo Wald afirma:

As peculiaridades do contrato de adesão ensejam uma desigualdade entre os contratantes, que cabe ao Poder Judiciário corrigir sempre que possível, interpretando o contrato em favor do aderente nas cláusulas ambíguas e impedindo as distorções abusivas oriundas de condições impostas unilateralmente ao aderente. Assim, em vez de admitir a presumida igualdade das partes contratantes, que se pressupõe normalmente nos contratos, é preciso, em relação aos contratos de adesão, atender à situação peculiar do aderente ao qual não foi oferecido o ensejo de discutir as cláusulas contratuais, devendo, pois, o mesmo contar com a proteção especial do legislador e do Poder Judiciário.⁹⁵

Caso se trate de um contrato de adesão, o que ocorre na maioria das vezes, se na cláusula de raio estiver expresso que a autorização para abertura de loja no raio delimitado dependerá de autorização do locador, tratar-se-á de uma condição potestativa pura, vedada pelo artigo 115, segunda parte, do Código Civil, pois submete o direito de livre iniciativa do lojista à vontade do locador.⁹⁶ Entretanto, o fato de se tratar ou não de uma condição potestativa pura é de somenos importância, tendo em vista que bastaria retirar da cláusula o trecho que prevê a possibilidade de autorização pelo locador para que deixasse de existir a condição. Desta maneira, o que importa é analisar se a previsão da cláusula de raio em si, em razão dos efeitos que ela produz, consiste em abuso da liberdade contratual.

Outra consequência que resulta do fato de o contrato de locação em *shopping center* ser de adesão é a incidência das “[...] regras dos arts. 423 e 424 do CC. Assim, havendo cláusulas contraditórias ou ambíguas, estas se interpretam do modo mais favorável ao aderente [...] sendo nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada a ‘direito resultante da natureza do negócio’.”⁹⁷

Por fim, para justificar o fato de o contrato de locação em *shopping center* ser, em

⁹⁴ MILANI, op. cit., p. 140.

⁹⁵ WALD, Arnoldo. Os contratos de concessão exclusiva para distribuição de gasolina no direito brasileiro. *Revista Forense*. V. 253, ano 72, jan./mar., 1976, p. 101.

⁹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Revista da EMERJ*. Contrato de *Shopping Center*. Vol. 5, nº 18, 2002, p. 224.

⁹⁷ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 115.

regra, um contrato de adesão, deve-se considerar que ele não é um contrato-tipo, tendo em vista que os locatários não participam da redação das cláusulas das normas gerais complementares. Para que o contrato de locação fosse considerado um contrato-tipo, os lojistas, ainda que indiretamente, através de uma associação que os representassem, deveriam participar da elaboração dessas normas.⁹⁸

[...] três [são] os elementos que caracterizam o contrato-tipo, a saber: 1º) cláusulas pré-redigidas; 2º) negociação prévia; 3º) possibilidade de alteração de qualquer cláusula. Quanto à primeira característica, poderíamos afirmar que ela também está presente no contrato de adesão. Todavia, são a segunda e a terceira características que distinguem o contrato-tipo do contrato de adesão, uma vez que no contrato de adesão não há espaço para a negociação prévia, o que se verifica é a imposição de cláusula pela parte que as redigiu, não sendo conferida à outra parte a possibilidade de rejeitá-las, prevalecendo no contrato de adesão a superioridade da vontade do estipulante e o reduzido âmbito de escolha do aderente. A terceira característica também está presente nos contratos de adesão, mas com reduzido campo de liberdade, pois só está autorizada a alteração de cláusulas que não modifiquem substancialmente o conteúdo do contrato, logo não se pode alterar qualquer cláusula, sob pena de descaracterizar o contrato como de adesão.⁹⁹

Afastada a possibilidade de o contrato de locação em *shopping center* ser um contrato-tipo, para tomá-lo em regra como um contrato de adesão, deve-se considerar que somente diante do caso concreto poderá ser verificado se, ao invés de se tratar de um contrato de adesão, trata-se de um contrato negociado.

[...] o critério mais seguro para se determinar se o contrato de *shopping* que se tem em mãos é um contrato de adesão ou um contrato negociado é através da verificação, no contrato individualmente celebrado, da existência de modificações capazes de alterar de forma substancial o conteúdo do contrato.¹⁰⁰

Considerando que se trata de um contrato de adesão deve-se verificar se a previsão da cláusula de raio pode ser considerada um abuso da liberdade contratual. Os significados de cláusula ilícita e cláusula abusiva não se confundem. Contudo,

O código Civil não fala expressamente em cláusula abusiva, referindo-se, no artigo 122, àquilo que seria o pressuposto de licitude das condições potestativas, e o faz nos seguintes termos: “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. [...] Por cláusula ilícita entende-se, *a contrario sensu*, aquela que

⁹⁸ MILANI, op. cit., p. 76.

⁹⁹ Ibid., p. 62/63.

¹⁰⁰ Ibid., p. 80.

seja contrária à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Já as cláusulas abusivas tanto podem conter disposições ilícitas como estipulações lícitas, condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes que podem vir a ser consideradas abusivas em razão de significativo desequilíbrio provocado entre os direitos e obrigações (desequilíbrio contratual), bem como da excessiva desproporção entre as prestações e contraprestações (desequilíbrio econômico, quebra do sinalagma). A noção de cláusula abusiva quer nos parecer, por conseguinte, mais ampla do que a de cláusula ilícita.¹⁰¹

A cláusula de raio sob o aspecto civil-empresarial não traz disposição ilícita, porque ela não é contrária à lei, a ordem pública e aos bons costumes, assim como a extensão da cláusula de raio aos sócios da locatária (ver item 1.4). Contudo, se a cláusula de raio for conjugada com o pagamento do aluguel percentual, que consiste em uma disposição inerente ao contrato de locação em *shopping center*, na hipótese de o contrato de locação ser um contrato de adesão, ela estabelecerá uma desproporcionalidade nas obrigações estabelecidas entre as partes. Nesse sentido, em razão do desequilíbrio contratual, a cláusula de raio será considerada abusiva.

Portanto, a cláusula de raio não é ilícita em si mesma. No entanto, ela se torna abusiva se conjugada com a cláusula do aluguel percentual, que equivale à remuneração pelo serviço prestado pelo empreendedor. Como o aluguel percentual é inerente ao contrato de locação em *shopping center*, inclusive a ABRASCE¹⁰² faz essa afirmação, a cláusula de raio em contratos de locação em *shopping center* (contrato de adesão) sempre seria abusiva por violar o princípio da boa-fé objetiva, pois estabelece obrigações desproporcionais.

1.6 Diretrizes para análise da cláusula de raio sob o aspecto civil-empresarial

A cláusula de raio deve ser considerada lícita, pois atende ao princípio da liberdade contratual, inclusive assegurado especificamente no art. 54 da Lei nº 8.245/1991. Também não fere preceitos de ordem pública ou viola os bons costumes. Outrossim, o fim perseguido pela cláusula, a manutenção do *tenant mix*, ainda que por um período, já que as áreas adjacentes ao *shopping center* se modificam, é lícito. Outra razão para a licitude é a relação de

¹⁰¹ Ibid., p. 128.

¹⁰² ABRASCE. Definições e convenções. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/definicoes-e-convencoes>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

cooperação entre o empreendedor e o lojista diante dos esforços que o empreendedor deve envidar na manutenção do poder do *shopping center* em atrair a clientela.

Partindo do pressuposto de que o contrato de locação em *shopping center* trata-se de um contrato de adesão, deve-se analisar se a cláusula de raio pode ser considerada abusiva. Observa-se que o empreendedor ao visar a proteção do *tenant mix* tem como escopo assegurar a obtenção do aluguel percentual. Afinal, cada lojista individualmente considerado produz externalidades que beneficiam todos os lojistas e o empreendimento *shopping center* como um todo. Por isso, como visto no item 1.3, o lojista ao se estabelecer na parte externa do *shopping center* fará concorrência não somente com ele especificamente, mas com o empreendimento como um todo. Portanto, ao visar assegurar desta maneira o aluguel percentual, o empreendedor quer diminuir os riscos inerentes ao exercício da atividade empresarial e assegurar a rentabilidade do empreendimento.

A argumentação apresentada no item 1.3 de que a cláusula de raio se justifica em razão dos esforços exercidos pelo empreendedor na manutenção do *tenant mix*, em síntese, pelo serviço prestado pelo empreendedor ao lojista, só se justificaria se a remuneração do empreendedor fosse exclusivamente com base no aluguel fixo, pois nesse caso a cláusula de raio seria a contrapartida do lojista pelo serviço prestado pelo empreendedor. No entanto, como o aluguel percentual é inerente ao estabelecimento *shopping center*, sob pena de descaracterizá-lo para simples negócio imobiliário, a cláusula de raio sempre seria abusiva por estabelecer prestações iníquas entre as partes.

As obrigações são iníquas porque o lojista remunera o empreendedor pelo serviço prestado com o aluguel percentual. Uma das obrigações do empreendedor é atrair a clientela e, conseguir atrair ou não a clientela consiste em um dos riscos inerentes a atividade econômica do empreendedor de *shopping center*. À medida que o empreendedor proíbe o lojista de se estabelecer nas áreas adjacentes ao *shopping center*, ele quer simplesmente eliminar os riscos de sua atividade comercial e diminuir os seus esforços na manutenção da atração da clientela, pelo qual o lojista o remunera com o aluguel percentual.

Em síntese, o lojista compra um serviço do empreendedor, por contrato de adesão, por esse serviço ele remunera o empreendedor com o aluguel percentual. Até aqui, o contrato está equilibrado. No entanto, o empreendedor, como forma de diminuir os seus esforços na manutenção do *tenant mix* e atração da clientela, bem como os riscos de sua atividade, impõe a cláusula de raio ao lojista, que limita o exercício da atividade econômica do lojista sem oferecer uma contrapartida para essa limitação, porque a contrapartida que o empreendedor

diz que oferece já é remunerada com o aluguel percentual. Por isso, a cláusula de raio culmina no desequilíbrio econômico contratual.

Ademais, o fato de o lojista integrar o *tenant mix* do empreendimento, que lhe trará maior rentabilidade, em geral, se comparado ao comércio de rua, é justamente o serviço inerente que o lojista contrata do empreendedor. Logo, o benefício auferido pelo lojista é compensado com o pagamento do aluguel percentual.

Originariamente a cláusula de raio surgiu em razão do aluguel percentual (item 1.2). Na época tratava-se de um negócio estritamente imobiliário. O locador não exercia uma atividade econômica. Além disso, o aluguel fixo era estabelecido em um patamar inferior e o locador compensava a defasagem com o aluguel percentual. O locatário obtinha a vantagem de não ser onerado com um aluguel que, ao menos no início do desenvolvimento da empresa, poderia inviabilizar o exercício da atividade econômica. Em contrapartida, para que ele não lesasse o locador desviando a clientela para uma loja, cujo o contrato de locação não havia a previsão do aluguel percentual, fixava-se a cláusula de raio.

Atualmente, os *shopping centers* são espaços comerciais disputados. O aluguel fixo não é estabelecido por um preço abaixo do que o locador pode cobrar. Portanto, a justificativa para a cobrança do aluguel percentual é outra: cobra-se o aluguel percentual em razão do serviço oferecido pelo empreendedor. Logo, a cláusula de raio, na hipótese de se tratar de um contrato de adesão, não se justifica. A cláusula de raio apenas desequilibra a relação contratual.

Ademais, não se pode cogitar na fixação da cláusula de raio, ainda que por um período, para compensar o investimento realizado pelo empreendedor na construção do *shopping center* e os gastos com o estudo de viabilidade técnica, porque essas despesas do empreendedor são diluídas entre os lojistas com o pagamento da *res sperata*¹⁰³. Caso seja verificado que o contrato em análise trata-se de um contrato negociado, a análise da cláusula de raio deve seguir outros parâmetros.

A alteração somente da cláusula de raio não é capaz de levar à conclusão de que se trata de um contrato negociado, porque essa cláusula não diz respeito ao *modus operandi* do *shopping center*. No entanto, se se tratar de um contrato negociado, a cláusula de raio apesar de não poder ser considerada abusiva desde a origem, pode vir a ser pela quebra do

¹⁰³ O pagamento da *res sperata* aliado ao fato de o contrato de locação em *shopping center* não se tratar de um negócio jurídico estritamente imobiliário impede a aplicação do contrato *built to suit* à estas avenças. Ademais o *shopping center* não é construído para o lojista. Ao passo que no contrato *built to suit* o locador investe no imóvel para atender as necessidades do locatário. Por isso deve haver um prazo mínimo de locação para viabilizar a recuperação do montante investido pelo locador na reforma/construção do imóvel.

sinalagma, hipótese que dará ensejo à resolução ou revisão contratual (art. 479, CC), ou até mesmo pelo desequilíbrio contratual superveniente das contraprestações.

Explica-se: Retomando o exemplo citado no item 1.4, partindo do pressuposto de que se trata de um contrato negociado, deve-se observar que os sócios da sociedade Y vão comercializar as mesmas marcas no *shopping center* W, o que significa que se eles não o fizerem outros o farão. Assim, independente da atuação dos sócios da sociedade Y, o mercado relevante considerado na época do estudo de viabilidade técnica será alterado e o poder de atração de clientela da sociedade Y diminuirá. Inclusive, a fixação do concorrente no *shopping center* vizinho pode acarretar um impacto nas vendas da sociedade Y, que inviabilize até mesmo a manutenção do estabelecimento no *shopping center* Z. Portanto, no decorrer dos anos, com as alterações do mercado relevante considerado na época do estudo de viabilidade técnica, a cláusula de raio pode deixar de atingir o fim para o qual ela foi criada. Nesse caso, ela estabelecerá uma obrigação desarrazoada, haveria o desequilíbrio contratual superveniente, que também poderia ser restabelecido com a revisão contratual, que nesse caso culminaria com a retirada da cláusula de raio do contrato.

Por esse raciocínio, tendo em vista que com o passar dos anos as áreas adjacentes do *shopping center* passam por transformações, a cláusula de raio para atender o fim para o qual ela foi criada (e aqui pode estar incluída alguma contraprestação ao empreendedor) e não acarretar prejuízos para os lojistas (nos contratos negociados) deve ser limitada no tempo. Caso contrário, ela vai violar o princípio da boa-fé objetiva, pois criaria uma situação maléfica para o lojista, pois inevitavelmente o mercado relevante das adjacências do *shopping center* irá se alterar.

O limite temporal da cláusula de raio nos contratos negociados deve ser verificado no caso concreto, até porque se relaciona com uma característica peculiar: alteração do mercado relevante nas áreas adjacentes. Contudo, considerando a finalidade de preservação do poder de atração de clientela do *tenant mix*, que tem o objetivo de assegurar a lucratividade do empreendimento e, até mesmo, assegurar o retorno do investimento realizado pelo empreendedor, deve-se entender, por se tratar de cláusula de não-concorrência, como sendo de até 5 (cinco) anos o prazo razoável, o mesmo considerado para a cláusula de não-restabelecimento, no artigo 1.147 do Código Civil. Portanto, deve ser admitido a previsão do prazo de até 5 (cinco) anos para a vigência da cláusula.

Note-se que mesmo no contrato negociado haverá a previsão do aluguel percentual. Contudo, a cláusula de raio não poderá ser considerada abusiva, em razão da liberdade contratual, que nesse caso específico terá sido assegurada de fato a ambas as partes. Logo,

assim como na origem da cláusula de raio, o equilíbrio econômico do contrato terá surgido em razão da previsão da cláusula de raio. Esta assegurará a persecução do aluguel percentual pelo empreendedor, sem o risco de desvio de clientela com o intuito de burlar o pagamento do aluguel percentual.

2 IMPACTO DA CLÁUSULA DE RAIOS NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTERS SOB O ASPECTO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A Lei nº 12.529/2011, que revogou a Lei nº 8.884/94, disciplina o direito da concorrência no Brasil. Assim como as regras da lei anterior, as regras da atual “[...] conferem concreção aos *princípios* da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a *ideologia constitucional* adotada pela Constituição de 1988”.¹⁰⁴

O objetivo do direito concorrencial é “[...] combater a concentração e o abuso do poder econômico, de forma a promover justiça social (objetivo maior da ordem econômica no Brasil) [...]”¹⁰⁵, conforme previsto no artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Observa-se, ainda, que a Constituição Federal determinou que a lei ordinária dispusesse sobre a repressão ao abuso do poder econômico, visando à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, §4º). Dessa forma, a repressão ao abuso do poder econômico é um instrumento expressamente adotado pelo legislador constituinte de 1988 para a promoção da livre concorrência e da livre iniciativa estatuídas no artigo 170 da Magna Carta e que, portanto, também deve servir à finalidade última de promover justiça social.¹⁰⁶

Portanto, como o objetivo do direito concorrencial é promover a justiça social a Lei nº 12.529/2011 não poderia fugir desse escopo.

Isso significa que não cabe ao direito brasileiro da concorrência perquirir simplesmente se uma determinada conduta [...] é eficiente ou não [...] mas sim se é condizente com a promoção de justiça social, o que pressupõe, necessariamente, um juízo ético-valorativo muito mais abrangente (não limitado à utilidade econômica).¹⁰⁷

O artigo 36 do referido diploma traz as hipóteses que constituem infração contra a ordem econômica, enquanto o §3º traz um rol não taxativo de condutas que podem vir a ser enquadradas como infração à ordem econômica, caso elas se amoldem a algum dos incisos do

¹⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16ª ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 209.

¹⁰⁵ GONÇALVES, op. cit., p. 112.

¹⁰⁶ Ibid, p. 84.

¹⁰⁷ Id.

artigo 36, *caput*, do referido dispositivo legal.

Um primeiro passo seguro para a perfeita interpretação do dispositivo legal é apontar qual a ordem econômica que ele visa a proteger, quais os princípios constitucionais que ele busca preservar, o que são a “livre iniciativa” e a “livre concorrência”, presentes nos textos da lei e da Constituição. Livre iniciativa e livre concorrência são duas faces de uma mesma moeda, distintas, mas indissociáveis, que consagram o estado liberal, fundado em um modo de produção capitalista e na economia de mercado.¹⁰⁸

Para a configuração de qualquer das hipóteses elencadas na lei é necessário que o agente econômico goze de poder econômico, que é capaz de levar ao poder de mercado, capaz de ensejar a qualificação como posição dominante. Ademais, para a verificação se o agente possui posição dominante deve-se analisar o mercado relevante desse agente.

Somente à vista de um determinado mercado se pode apreciar (i) se os agentes econômicos dispõem ou não de posição dominante; (ii) se a conduta é capaz de lhes assegurar uma posição dominante; (iii) se os meios utilizados para o alcance ou manutenção de uma posição dominante são legítimos ou não; (iv) se a existência de uma posição dominante permite ao seu detentor cobrar preços excessivos. A avaliação dos impactos anticoncorrenciais de um determinado ato – e portanto de sua ilicitude – dependem do estudo do mercado [...]¹⁰⁹

“Isto significa que a definição do mercado relevante é etapa importante para aferição do exercício do poder econômico para fins da aplicação do direito antitruste.”¹¹⁰

O mercado pode ser “[...] definido como o lugar, produto da organização social, onde se realizam as trocas, sendo classificados como mercados locais, distritais, municipais, estaduais, regionais, nacionais e internacionais.”¹¹¹ O mercado deve ser analisado em relação ao aspecto produto e geográfico.

A definição de mercado (tanto do mercado dos produtos como do mercado geográfico) leva em conta dois elementos distintos: os substitutos do lado da demanda ou do lado da oferta. Isso significa dizer que, para determinar qual o mercado em que se encontra um agente econômico fabricando o produto “X”, é necessário verificar (a) que produtos o consumidor (demanda) vê como substitutos

¹⁰⁸ CRISTOFARO, op. cit., p. 60.

¹⁰⁹ Ibid., p. 62/63.

¹¹⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 74.

¹¹¹ ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. *Revista Direito GV*. V. 2, nº 1, jan./jun., 2006, p. 12.

de “X” e (b) quais novos produtores podem razoavelmente entrar no mercado de “X” para produzi-lo.¹¹²

No caso dos *shopping centers*, o mercado do produto será analisado de acordo com o *tenant mix* do *shopping center*, pois o *tenant mix* vai determinar o público alvo, o que definirá os parâmetros de substituíbilidade. Dessa forma, fixado o público alvo considerado para a formação do *tenant mix* será determinado qual ou quais classes sociais o *shopping center* atende. Destarte, pode-se analisar quais *shopping centers*, que dentro da área geográfica considerada como mercado relevante, atendem às exigências desse público.

Quanto às lojas de rua, como o *shopping center* consiste em um produto diferenciado, em razão da organização do espaço, comodidade e segurança oferecida aos consumidores (ver item 1), tais lojas de rua não são substitutos perfeitos dos *shopping centers*. Logo, não se deve considerar as lojas de rua na fixação do mercado relevante dos *shopping centers* na dimensão produto.¹¹³

No que tange ao mercado geográfico deve-se analisar qual a distância que o público alvo percorreria para realizar compras no *shopping center*. Essa análise será casuística e vai variar de acordo com a localidade e, até mesmo, o perfil dos consumidores, tendo em vista que o fato de se deslocar de carro ou através de transporte público influencia a área de abrangência, bem como se o deslocamento ocorre em tempo razoável ou não.

Considera-se mercado relevante no aspecto geográfico para o *shopping center*, em regra, o raio de até 2.000 metros do empreendimento ou o tempo de deslocamento de 15 minutos. Então, em se tratando de área de baixa densidade demográfica, onde se desloca com maior facilidade, o raio tende a ser maior¹¹⁴. É nessa área que é realizado o estudo de viabilidade econômica para a implantação do *shopping center* e verificação da demanda dos consumidores para a composição do *tenant mix*. “A dimensão geográfica é a mais importante na definição do mercado. É ela que permite, no mais das vezes, ampliar [o mercado] a ponto de descaracterizar a existência do poder [econômico] [...]”¹¹⁵

¹¹² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 156/157.

¹¹³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82. Parecer Secretaria de Direito Econômico. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000054111130.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2014, p. 15.

¹¹⁴ CRISTOFARO, op. cit., p. 52.

¹¹⁵ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 167.

2.1 Cláusula de raio: cláusula de exclusividade territorial ou cláusula de não-concorrência

O conceito de cláusula de raio foi abordado no início do trabalho no item 1.2. Nesse tópico pretende-se analisar se a cláusula de raio trata de uma cláusula de exclusividade ou de uma cláusula de não-concorrência. Contudo, deve-se observar que, no que pese a qualificação atribuída a ela, o que importa para verificar se ela é lícita ou ilícita no direito concorrencial são os efeitos que advêm dela.

A cláusula de exclusividade consiste no pacto em que um determinado agente dentro de um mercado específico assume a obrigação de só negociar com a contraparte ou que só a contraparte poderá comercializar os produtos ou oferecer os serviços de determinado agente econômico.

O pacto de exclusividade “[...] É um pacto acessório de um contrato que envolva colaboração econômica, considerado, também, pacto de exclusividade como um aspecto particular do fenômeno de integração econômica.”¹¹⁶ No contrato de representação comercial é comum haver a previsão da cláusula de exclusividade de zona, que assegura ao representante a comercialização exclusiva dos produtos do representado e a exclusividade de representação, que proíbe o representante de comercializar produtos diversos dos do representado. As referidas cláusulas também podem ser previstas no contrato de agência, nos termos do artigo 711 do Código Civil, com a diferença de que na representação comercial presume-se a exclusividade de zona, por expressa disposição legal, artigo 31 da Lei nº 4.886/65.¹¹⁷

No contrato de corretagem também pode ser prevista cláusula de exclusividade, a qual garante ao corretor a remuneração mesmo que o negócio tenha sido realizado sem o trabalho do corretor, nos termos do artigo 726 do Código Civil. A cláusula de exclusividade “[...] há necessariamente de estar explícita e declarada com todas as letras, de modo cristalino e transparente, com destaque e indisfarçada, no texto da avença – ou de outro modo exclusividade ali simplesmente não existirá, nem poderá jamais ser invocada para efeito

¹¹⁶ SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais. *Revista de direito privado*. Ano 4, jan./mar., 2003, p. 252.

¹¹⁷ COELHO, 2010, vol. 3, p. 135.

algum”¹¹⁸, exceto se houver disposição legal em sentido contrário.

Do ponto de vista constitucional, as cláusulas de exclusividade representam [...] o oposto da recusa de contratar. Seu elemento essencial é a proibição ou limitação à liberdade de contratar com terceiros. Sua imposição (e não sua vedação) constitui, a princípio, uma séria limitação à liberdade individual. A liberdade de escolher o parceiro contratual é, sem dúvida, um elemento básico da liberdade de iniciativa.¹¹⁹

No entanto, em determinadas hipóteses a exclusividade é necessária para o bom cumprimento do contrato.

Há ajustes contratuais nos quais a exclusividade se insere na própria estrutura do negócio, como nos contratos de concessão, em que se tem uma correspondência lógica essencial entre as obrigações, de um lado, do concedente, em assegurar exclusividade de venda de seus produtos, observadas certas condições, inclusive de ordem territorial, e, de outro lado, do concessionário, que assume a venda, em caráter de exclusividade, dos produtos fornecidos pelo concedente. A exceção fica para a hipótese de as partes convencionarem de forma diversa. Exemplo típico dessa situação encontramos no mercado de distribuição de veículos automotores, em que a exclusividade do território constitui elemento típico e essencial do contrato de concessão comercial. A cláusula de exclusividade, nesses casos, instrumentaliza um estado da economia no qual o produtor precisa deixar a comercialização de seus produtos a especialistas na distribuição, ligando as empresas comerciais à sua, justamente mediante uma cláusula convencional: a de exclusividade.¹²⁰

A viabilidade da cláusula de exclusividade deve ser analisada no caso concreto. Como menciona Ivan Barbosa Rigolin:

Pode [...] acontecer que por qualquer motivo interesse às partes estabelecer cláusula de exclusividade na prestação ou na execução do objeto, em dados contratos. Por uma ou por outra razão pode ser economicamente necessária, ou extremamente aconselhável, ou tecnicamente recomendável, a prestação do serviço-objeto com caráter de exclusividade, de modo a garantir recíprocas vantagens às partes: ao contratado evitar por vezes predatória concorrência na prestação, de modo a poder compensar-se do pesado investimento que por vezes precisa realizar, e ao contratante assegurar-se de que o único contratado realiza bom trabalho, passível de melhor controle, maior uniformidade na prestação e maior eficiência que se dividido por diversos executores.¹²¹

Tânia Bahia Siqueira observa que a exclusividade é “[...] um fenômeno econômico que tem por finalidade racionalizar a organização da comercialização de produtos e/ou

¹¹⁸ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Exclusividade nos contratos é condição que precisa ser expressamente estabelecida. *Doutrina Adcon*, nº 18, v. 8, 2ª quinzena, set., 2005, p. 349.

¹¹⁹ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 246.

¹²⁰ SIQUEIRA, op. cit., p. 254/255.

¹²¹ RIGOLIN, op. cit., p.349.

serviços.”¹²²

Pedro Paulo Cristoforo ao tratar sobre a cláusula de raio cogita a possibilidade de qualificá-la como uma cláusula de exclusividade:

Analisada sob o prisma da relação vertical entre o empreendedor e o locatário, considerando-se o empreendedor apenas um ‘fornecedor de insumo’ (o imóvel) para o lojista, a cláusula de raio poderia ser efetivamente considerada uma cláusula de exclusividade territorial. Dela decorre o comprometimento do lojista de que não buscará o mesmo insumo de outro fornecedor localizado em área adjacente.¹²³

No entanto, de acordo com o autor, “[...] o lojista que integra um *shopping* não é um mero adquirente de insumos, mas um participante ativo de um ente novo e distinto de cada um de seus integrantes”.¹²⁴ Como afirmado no item 1.3, cada loja localizada no *shopping center* produz externalidades que beneficiarão todos os demais lojistas e o empreendedor.

Portanto, a concorrência não ocorre entre a loja interna e externa do *shopping center*. O lojista que abre uma filial na parte externa faz concorrência com o *shopping center* em si. O objetivo da cláusula de raio é justamente evitar essa concorrência, de modo a proteger a clientela do *shopping center* e não o negócio imobiliário também envolvido no contrato de locação em *shopping center*.

Por isso, a cláusula de raio não seria uma cláusula de exclusividade territorial, mas uma cláusula de não-concorrência. No que pese o raciocínio desenvolvido, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio afirma:

As cláusulas de raio são aquelas que obrigam um lojista ou empresário a não instalar estabelecimento concorrente em uma área compreendida por um círculo de determinada metragem, tendo como centro a localização do empreendimento que impõe a cláusula. Trata-se, por conseguinte, de uma exigência de exclusividade territorial.¹²⁵

Como o objetivo da cláusula de raio é evitar a concorrência entre estabelecimentos, para Fábio Konder Comparato não faz sentido fixar prazo para a vigência da cláusula.

Quando a causa da interdição de concorrência prende-se, sobretudo, à pessoa do

¹²² SIQUEIRA, op. cit., p. 251.

¹²³ CRISTOFARO, op. cit., p.56.

¹²⁴ Ibid., p. 57.

¹²⁵ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 262.

empresário, é normal que se estabeleça uma limitação no tempo, pois a clientela pessoal tende a se dispersar no curso dos anos. Mas se a razão de ser da estipulação é a concorrência espacial entre estabelecimentos, o que importa é a fixação de uma distância mínima de separação entre eles, a prevalecer sem limitação de tempo.¹²⁶

Apesar de o raciocínio de Fábio Konder Comparato se adequar, a princípio, para a finalidade da cláusula de não-concorrência em *shopping centers*, deve-se considerar a observação feita por João Augusto Basílio:

[...] as cláusulas de não concorrência somente são consideradas válidas pela jurisprudência quando estipuladas dentro de limites precisos de objeto, de tempo e de espaço, haja vista o princípio da liberdade de concorrência, que devido à sua importância mereceu proteção constitucional, conforme se comprova pela redação do artigo 170 da Constituição Federal.¹²⁷

Em síntese, o objetivo da cláusula de raio é a proteção do *tenant mix*, de modo a possibilitar a consolidação do empreendimento. Como ao longo dos anos há alteração das áreas adjacentes do empreendimento, inclusive com a inauguração de novos *shopping centers*, a fixação de prazo é necessária para que a cláusula de raio, quando admitida, não se torne abusiva.

Além disso, como as lojas de rua são excluídas do mercado relevante do *shopping center* (ver item 2), a cláusula de raio só pode atingir *shopping centers* dentro do perímetro fixado, porque o consumidor não deixará de comprar no *shopping center* para comprar no comércio de rua, já que se tratam de produtos insubstituíveis.

Ademais, a cláusula de exclusividade dirigida, que proíbe o lojista de celebrar contratos com *shopping centers* específicos, ou seja, *shopping centers* concorrentes, também terá como finalidade a preservação do *tenant mix* e, conseqüentemente, evitar a concorrência. Desta maneira, esta cláusula também deverá ser considerada uma cláusula de não-concorrência. Outrossim, a finalidade desta cláusula é a mesma da finalidade buscada com a cláusula de raio, com a diferença de que na primeira há previsão de quais *shopping centers* o lojista não poderá se instalar, enquanto na segunda há uma previsão genérica que toma como referência apenas uma certa distância em relação ao empreendimento.

2.2 Relação do poder econômico e de mercado com a cláusula de raio

¹²⁶ COMPARATO, op. cit., p. 27/28.

¹²⁷ BASILIO, op. cit., p. 139.

O agente só é capaz de prejudicar a livre concorrência se ele detiver poder econômico, que “[...] é a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro”.¹²⁸ No entanto, não necessariamente o poder econômico enseja conduta contrária à ordem econômica.

Caso o agente econômico se prevaleça do poder econômico que possui para lesar a ordem econômica, o Estado reprimirá a conduta do agente. Contudo, apesar da possível repressão ao agente econômico, cabe observar que “[...] não há oposição entre o princípio da *livre concorrência* e aquele que se oculta sob a norma do § 4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como princípio da *repressão aos abusos do poder econômico* [...]”.¹²⁹

De acordo com Sérgio Varella Bruna, “O uso regular do poder econômico não enseja reações em defesa da concorrência. Não basta ter poder econômico para caracterizar ameaça ao equilíbrio do mercado, apenas o seu abuso será reprimido”.¹³⁰ No entanto, somente os agentes que detêm poder econômico podem praticar atos contrários à ordem econômica. Nesse sentido, Priscila Briolo Gonçalves afirma:

[...] empresas não detentoras de poder econômico não são capazes de dominar mercados e de eliminar a concorrência, em nenhuma hipótese. Ou seja, o art. 173, §4º, da Constituição Federal não limita o escopo do art. 170, apenas o esclarece, já que empresas sem poder econômico não possuem obrigações concorrenciais especiais à luz da Magna Carta, ainda que possam violar outros princípios da ordem econômica, não têm capacidade para ferir a liberdade de concorrência. Na ausência de poder, qualquer tentativa de dominação ou eliminação da concorrência por parte de um agente econômico resulta ineficaz, sendo disciplinada pelo próprio mercado ou coibida por meio de outros microssistemas.¹³¹

Uma das formas de se analisar se o agente detém poder econômico é verificar se, na hipótese de ele adotar uma conduta como aumento de preço abusivo, por exemplo, os consumidores tomarão a iniciativa de procurar ou não um concorrente. Desse modo: “Não se pode perder de vista que poder econômico é, fundamentalmente, a capacidade de controlar os

¹²⁸ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. 1996. 172 p. Dissertação (Mestrado em direito), sob orientação do prof. Doutor Fábio Nusdeo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 94.

¹²⁹ GRAU, op. cit., p 207.

¹³⁰ CARPENA, Heloisa. Tutela unificada da concorrência e do consumidor no Brasil: a caminho de uma ética no mercado. *Revista Forense*. Vol. 388, ano 102, nov./dez., 2006, p. 114.

¹³¹ GONÇALVES, op. cit., p. 70.

preços e não a parcela de mercado detida por um determinado agente econômico”.¹³²

Em se tratando de *shopping centers*, exemplo de mercado de dois lados, ou *two-sided markets*, cujos clientes são tanto os lojistas quanto os consumidores, pode-se verificar o poder econômico do *shopping center* pelo valor de aluguel cobrado. Dessa forma, se um *shopping center* aumentar o aluguel acima dos concorrentes ou conseguir mantê-lo acima destes sem que os clientes (lojistas) busquem os concorrentes deste *shopping center*, esse fato indicará o poder econômico desse empreendedor.

Além da possibilidade de haver poder econômico do empreendedor pode-se vislumbrar a existência de poder de mercado dos *shopping centers*. Com o aumento crescente do número de *shopping centers* e o hábito adquirido pelos consumidores de realizar compras nesses centros empresariais, sobretudo em razão do conforto e segurança oferecidos, ter uma loja nos *shopping centers* se tornou uma necessidade para os lojistas. De acordo com Daniel Cerveira e Marcelo Dornellas:

Considerando a comodidade proporcionada pelos centros de compras, os consumidores têm uma relação própria com a instituição *shopping center*, no sentido de que a identificam como um bem insubstituível. E como a comodidade gera concentração de público consumidor, os lojistas vêem os empreendimentos como essenciais para escoar os seus produtos e são dependentes deles para sobreviver no mercado.¹³³

Desta maneira, o empreendedor possui facilidade para impor regras aos lojistas, que ou as aceitam ou não ingressam no empreendimento. A imprescindibilidade do empreendimento para os lojistas aumenta o poder de mercado dos *shopping centers* e, à medida que aumenta, fortalece o poder contratual dos empreendedores.

[...] é inequívoco que o poder contratual (e pré contratual) decorre do poder de mercado. A ideia é simples: quanto mais alternativas para o consumidor [lojista] menor será o poder de mercado do *shopping center* e, por consequência, menor o poder contratual. Com efeito, o poder de mercado gera poder contratual, mas, [...] não é condição para o seu nascimento. O simples fato de o locador ser o proprietário do espaço já eleva o poder contratual.¹³⁴

Portanto, o poder de mercado relaciona-se diretamente ao poder contratual. Sendo assim, durante toda a vigência do contrato de locação o lojista estará em uma situação

¹³² BRUNA, op. cit., p. 112/113.

¹³³ CERVEIRA; SOUZA, op. cit., p. 36.

¹³⁴ Ibid., p. 48.

enfraquecida perante o empreendedor. Para a existência, aumento ou manutenção do poder de mercado do *shopping center* “[...] além do número de agentes presentes no mercado relevante (inclusive potenciais), as instalações (conforto, tamanho e atrativos) e o *tenant mix* são essenciais [...]”¹³⁵

Somente no caso concreto será possível verificar se o poder de mercado detido pelo agente econômico garante a ele poder econômico que pode resultar em posição dominante. De acordo com Paula A Forgioni:

Não há métodos de interpretação jurídicos ou fórmulas matemáticas que levem à conclusão segura e definitiva sobre a existência de posição dominante em determinado mercado, não obstante a tentativa dos economistas nesse sentido. A posição dominante é um fato, nem sempre fácil de se constatar.¹³⁶

Entretanto, o primeiro passo para a verificação da existência de posição dominante é a delimitação do mercado relevante.¹³⁷ Quanto maior for o poder de mercado de um agente dentro do mercado relevante analisado, em regra, maior será o poder econômico desse agente e a possibilidade da existência de posição dominante.

[...] Presume-se que, quando a empresa detém parcela substancial do mercado (*market share*), possui poder econômico tal que lhe permite atuação independente e indiferente, ou, na terminologia norte americana, possui *market power*. Ao revés, a participação diminuta da empresa faz presumir que esta não é capaz de afetar o mercado com seu comportamento ou, para usar a terminologia atual da lei brasileira, não é “capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado”. [...] Entretanto, nem sempre o elevado percentual de mercado detido pela empresa significa existência de posição dominante, assim como sua diminuta participação pode não implicar ausência de poder. Primeiramente, o *market share* só adquire algum valor, para fins de verificação da existência de posição dominante, se comparado àquele dos concorrentes. [...] Ademais, é fato que a posição dominante deriva não da parcela de mercado de que a empresa é titular, mas do poder econômico que detém e que lhe permite independência e indiferença em relação ao comportamento de outros agentes, colocando-lhe a salvo de pressões concorrenciais. Não basta, pois, a determinação da parcela de mercado detida pela empresa para mensurar seu poder [econômico], ou seja, seu *market power*, porque, ainda que titular de parcela não substancial do mercado, pode ter a capacidade, por exemplo, de impor preços, detendo poder econômico que lhe assegura a posição dominante.¹³⁸

¹³⁵ Ibid., p. 37.

¹³⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 269.

¹³⁷ Id.

¹³⁸ Ibid., p. 270/ 271.

Por isso a lei reconhece que o comportamento do agente econômico “ainda que não detenha 20% do mercado [...] poderá vir a ser sancionado [...]”¹³⁹, de acordo com o artigo 36, §2º, da Lei nº 12.529/2011. Portanto, o poder econômico não se confunde com o poder de mercado.

O *shopping center* que detém poder de mercado, em razão do interesse do lojista em se fixar no empreendimento, pode impor condições que não seriam favoráveis aos lojistas, como pode ocorrer com a previsão da cláusula de raio. O faturamento do *shopping center* demonstra se ele possui poder de mercado. Sendo assim, se este for superior em relação aos demais *shopping centers* concorrentes dentro do mercado relevante considerado, estará caracterizado o poder de mercado desse agente econômico.

Entretanto, para o agente ter poder de mercado ele precisa ter certo poder econômico.

Poder de mercado é poder dentro do mercado. Para gozar de poder de mercado, o agente tem de ser dotado de algum poder econômico, que lhe confere a capacidade de influir nas condições fáticas da concorrência, o que pode gerar conflitos jurídicos. Esta capacidade também confere a possibilidade de não se submeter às regras da ordem econômica. A noção de poder econômico, portanto, assinala, de um lado, um fenômeno da realidade, objeto de limitações jurídicas, mas também uma situação jurídica de tolerância, base para a configuração de um direito de concorrer. Em si, o poder econômico não é ainda um direito subjetivo, mas uma situação admitida ou *permitida negativamente*, isto é, permitida na medida em que não é proibida (mas não permitida positivamente, isto é, autorizada por normas permissivas expressas). Na medida em que é permitido negativamente (situação jurídica de tolerância), o poder econômico goza de uma certa legitimidade a *contrario sensu*, isto é, não pode ser limitado pelo Poder Público salvo se abusivo. Ou seja, quando desta tolerância indiretamente legitimadora se abusa, constitui-se a infração contra a Ordem Econômica concorrencial, por um desvio no exercício do direito de concorrer do qual o poder econômico é base jurídica e de fato.¹⁴⁰

Desse modo, o exercício do poder econômico pode prejudicar a livre concorrência e limitar a livre iniciativa.¹⁴¹ Logo, “[...] se o agente econômico atua de forma manifestamente restritiva (ainda que em busca da eficiência), prejudicando a coletividade (concorrentes ou consumidores), ou colocando alguns de seus valores em risco, a conduta não pode ser admitida”¹⁴².

A análise da conduta do agente se dá de forma objetiva. No direito da concorrência é

¹³⁹ Ibid., p. 271.

¹⁴⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. *Revista de direito econômico: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE*. Nº 21, Brasília, out./dez., 1995, p. 24/25.

¹⁴¹ GONÇALVES, op. cit., p. 65.

¹⁴² Ibid., p. 86.

irrelevante verificar se o agente tinha ou não a intenção de praticar uma infração contra a ordem econômica.

[...] a exemplo do que ocorre com o abuso do direito, não se explica o fenômeno do abuso do poder econômico com a concepção clássica de culpa, em sentido lato, que inclui o dolo. Em primeiro lugar porque como decorrência da análise econômica teórica, que pressupõe a inteligência e racionalidade dos agentes econômicos, não se pode [...] admitir que um dado titular de poder econômico dele abuse sem saber o que faz. Já por isso a investigação dos desígnios do agente é de importância secundária. Por outro lado, até por ser o poder econômico uma função, tal qual ocorre como o abuso do direito e o desvio de poder, não é importante examinar o desvio de função segundo critérios subjetivistas, que tenham em conta a intenção do agente, mas apenas objetivamente, tendo-se em vista a eventual diversidade entre o resultado obtido e aquele para o qual a função foi estabelecida, independentemente da intenção que presidiu a atividade.¹⁴³

Portanto, mesmo que o agente alegue que estava agindo em busca da eficiência da sociedade empresária, ele será punido pela infração ao direito da concorrência resultante da conduta adotada em nome da eficiência.

Não se pode negar que existe um limite tênue entre aquilo que é aceitável e até inerente a uma economia capitalista contemporânea e o que constitui abuso do poder econômico. O problema reside justamente em compatibilizar autonomia e intervenção (a exata medida de atuação do Direito), de maneira a preservar a economia de livre mercado e, ao mesmo tempo, buscar atingir o objetivo maior da ordem econômica e claramente ético, que é promover justiça social.¹⁴⁴

No mesmo sentido Sérgio Varella Bruna afirma:

Destarte, o exercício do poder econômico será legítimo quando não conflite com os valores maiores dessa ordem econômica e com os objetivos sociais por ela visados. Isso equivale a dizer que não se admite o exercício de poder econômico que represente entrave ao desenvolvimento social e à marcha dos fatores sociais com vistas à consecução dos ideais de justiça social. [...] em hipótese de conflito, os interesses coletivos devem prevalecer sobre os individuais. Mas não somente isto. Não se admite que o exercício do poder econômico resulte na supressão das liberdades de iniciativa e de concorrência dos demais indivíduos, porquanto não se pode admitir que a extensão de uma liberdade de um indivíduo seja tal que permita que seu exercício suprima as mesmas liberdades dos demais.¹⁴⁵

Quando o exercício do poder econômico causar danos à ordem econômica, fala-se em abuso do poder econômico, que não se confunde com a ilicitude no uso do poder econômico.

¹⁴³ BRUNA, op. cit., p. 161/162.

¹⁴⁴ GONÇALVES, op. cit., p. 87.

¹⁴⁵ BRUNA, op. cit., p. 132.

Ilicitude no uso do poder econômico ocorre, em princípio, quando uma prática de mercado traduz a configuração da ilegitimidade. Trata-se de práticas *per se* condenáveis por força da lei, em face do dano que provocam para o mercado. Para a caracterização da abusividade, porém, não é necessário que a prática seja uma ilicitude *per se*. Mesmo no exercício de prerrogativas legítimas, conferidas por lei ou não proibidas pela legislação, a ação econômica pode ferir interesses, lesar terceiros, produzir desequilíbrios no mercado. [...] Ou seja, o ato que obedece os limites da lei mas que, no exercício do direito, viola princípios de finalidade econômica da instituição social do mercado, produzindo um desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade, constitui um abuso do poder econômico enquanto poder juridicamente garantido pela Constituição.¹⁴⁶

Em síntese, o agente pode se utilizar do poder econômico que possui, deve, porém, “[...] fazê-lo não só de forma a favorecer o desenvolvimento social, mas também preservando a concorrência e o mercado, elementos indispensáveis do sistema dentro do qual se desenvolve tal técnica de produção social”.¹⁴⁷ Por isso, ele não pode abusar desse direito.

Abusa do poder econômico aquele que o desvia de sua função social. Essa função deve ser considerada como um dos elementos integrantes de uma técnica de produção social mais complexa, composta tanto pela iniciativa pública como pela privada. Reserva-se preferencialmente ao setor privado – sob a égide dos princípios de livre iniciativa e de livre concorrência- a exploração da atividade econômica (em sentido estrito), sem prejuízo de deverem todas as forças sociais, quer públicas ou privadas, convergir para a realização de ideais como o de assegurar a todos uma existência digna, promovendo o desenvolvimento com justiça social. O titular de poder econômico, assim, detém a prerrogativa de explorar sua atividade mas, em contrapartida, a responsabilidade de fazê-lo não só de forma a favorecer o desenvolvimento social, mas também preservando a concorrência e o mercado, elementos indispensáveis do sistema dentro do qual se desenvolve tal técnica de produção social. Aqui, a concorrência é meio e não fim, muito embora seja um meio obrigatório.¹⁴⁸

De acordo com Sérgio Varella Bruna:

[...] tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e quando a prática não represente indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica.¹⁴⁹

¹⁴⁶ FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 24.

¹⁴⁷ BRUNA, op. cit., p. 160.

¹⁴⁸ Ibid., p. 159/160.

¹⁴⁹ Ibid., p. 160.

Verificado no caso concreto o abuso do poder econômico resta configurada infração contra a ordem econômica. Os efeitos da conduta abusiva são verificados

especificamente no campo das liberdades de iniciativa e de concorrência. [...] a conduta não será abusiva quando se justifique por motivos econômicos que favoreçam o desenvolvimento e a justiça social, mesmo representando restrição à liberdade de concorrência, já que a concorrência é meio e não fim em si mesma.¹⁵⁰

Logo, não é qualquer conduta que importa restrição à liberdade de concorrência que deve ser considerada como abuso de poder econômico. Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior:

[...] para efeitos de repressão do abuso, a lei deve presumir que o poder econômico que vise à dominação de mercado, à eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros é abusivo. Isto significa que, para o direito concorrencial brasileiro, a abusividade do poder econômico não é caracterizada em termos de certos atos que subjetivamente tenham determinadas finalidades, mas considera a abusividade do poder econômico como determinados estados ou modos estruturais e /ou comportamentais objetivos daquele poder, quando alcançadas por certos atos exemplificadamente discriminados em lei. [...] Assim, o ato configurará infração contra a ordem econômica se configurar ou puder provocar (potencialidade) um poder abusivo (aquele que vise a dominar mercados, a eliminar concorrência, a aumentar arbitrariamente os lucros).¹⁵¹

Como afirmado no início do capítulo, para que seja verificado o abuso de poder econômico o agente tem que gozar de posição dominante dentro de um mercado relevante específico.¹⁵² Sendo assim, “[...] a posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar com um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado”.¹⁵³

Há certos tipos de comportamentos que, realizados por agentes sem poder no mercado, não tem qualquer efeito sobre os consumidores e o mercado em geral. Não podem, portanto, ser considerados ilícitos. Ocorre que a eficácia de um comportamento depende muito da estrutura de cada mercado. O critério para a avaliação é, portanto, eminentemente variável. Assim, mesmo se baseado exclusivamente em uma porcentagem do mercado relevante, o referido critério deve

¹⁵⁰ Ibid., p. 161.

¹⁵¹ FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 30.

¹⁵² BRUNA, op. cit., p. 160.

¹⁵³ FORGIONI, op. cit., p. 261.

ser dotado de certa flexibilidade, que permita adaptá-lo a cada estrutura de mercado específica.¹⁵⁴

Paula Forgioni identifica como um dos principais indicativos de posição dominante “A ausência de concorrência potencial [,porque] se a empresa encontra-se livre de pressões concorrenciais, atuais e potenciais, sua independência concretiza-se em grau máximo, viabilizando a atuação potestativa”.¹⁵⁵

De acordo com a autora:

A empresa que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico do monopolista, aumentando preços no limite máximo, não prezando a qualidade de seu produto ou serviço e ainda impondo a outras práticas que não seriam adotadas caso houvesse concorrência. Basta a influência, o poder de determinar as regras do jogo de forma unilateral, independente e autônoma, neutralizando as forças normais que regeriam o mercado.¹⁵⁶

Nesse sentido Pedro Paulo Cristofaro afirma:

Quando a independência e a indiferença de um agente econômico são absolutas, pela total ausência de concorrentes, está-se diante de um monopólio (em que só um vendedor controla toda a oferta de um produto ou serviço) ou de um monopólio (em que só há um comprador de um produto ou serviço). O mais normal, porém, é que alguns agentes econômicos tenham uma posição de relativa independência em relação ao mercado. Ou, mais propriamente, que alguns agentes econômicos tenham algum poder de, com suas atitudes isoladas, exercer influência sobre o mercado. Esses agentes têm uma *posição dominante*.¹⁵⁷

A teoria do abuso do direito prevista no artigo 187 do Código Civil pode ser utilizada para explicar “[...] a licitude (ou ilicitude) dos efeitos decorrentes do uso (ou abuso) da posição dominante [...]”.¹⁵⁸

No caso do abuso do poder econômico, o direito de que se abusa é a liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência etc. (ou seja, os direitos que assistem ao agente econômico no Estado liberal). Em princípio, nada há de ilícito na utilização dessas liberdades. Entretanto, no momento em que ocorre o abuso do poder econômico, há abuso do direito à liberdade econômica, liberdade de

¹⁵⁴ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 186.

¹⁵⁵ FORGIONI, op. cit., p. 272.

¹⁵⁶ Ibid., p. 257/ 258.

¹⁵⁷ CRISTOFARO, op. cit., p. 61.

¹⁵⁸ FORGIONI, op. cit., p. 264.

iniciativa, liberdade de concorrência etc.¹⁵⁹

O abuso da posição dominante, como decorrência do abuso da liberdade de iniciativa, por exemplo, pode implicar em barreiras à entrada de novos concorrentes, o que pode ocorrer com a utilização da cláusula de raio (ver item 2.5).

O ordenamento jurídico reconhece no art. 36, §4º da Lei nº 12.529/2011

[...] a possibilidade de um agente econômico conquistar mercado e deter uma posição dominante, desde que ela seja alcançada em razão de “processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”. Aliás, é inerente aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, é próprio do modelo econômico eleito pelo constituinte, que os agentes econômicos “briguem” por posições no mercado, busquem conquistá-lo. Qualquer interpretação dos textos legais que retire dos agentes econômicos a liberdade de contratar, a liberdade de empreender, a liberdade de buscar o lucro, a liberdade de lutar por posições no mercado, será visceralmente inconstitucional. Serão ilícitos, todavia, os atos que (i) sejam capazes de assegurar ao agente econômico um poder sobre o mercado – uma posição dominante – que ele não teria em condições normais de concorrência e que não resulta do aumento de sua eficiência; ou (ii) representem o abuso de poder já conquistado – abuso de posição dominante –, seja através da obtenção de lucros abusivos, seja através do seu exercício em detrimento dos demais agentes econômicos (ou dos consumidores), impedindo o desenvolvimento da concorrência nesse mercado, de sorte a manter ou aumentar a dominação existente.¹⁶⁰

Por isso, o direito concorrencial coíbe o abuso da posição dominante e a utilização de métodos artificiais para adquirir a posição dominante.

2.3 Livre iniciativa e livre concorrência sob a perspectiva da cláusula de raio

A livre iniciativa prevista no artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, tem por fim assegurar a todos o livre exercício da atividade econômica. Ela se diferencia do art. 1º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, que tem um conteúdo mais amplo.

[...] a liberdade de iniciativa do art. 1º, IV, CF/88 representaria a proteção que a República confere ao indivíduo para que se realize plenamente, concretize suas aspirações e anseios livremente, estando, dessa forma, intrinsecamente ligada à dignidade humana, conforme positivado no inciso imediatamente anterior. Portanto, trata-se de proteção mais ampla, por abranger a liberdade individual, para além da

¹⁵⁹ FORGIONI, op. cit., p. 264.

¹⁶⁰ CRISTOFARO, op. cit., p. 62.

sua dimensão econômica, também na esfera extrapatrimonial. O fundamento republicano de livre iniciativa tem, então, um desdobramento específico na Ordem Econômica, relacionado à liberdade de iniciativa econômica (art. 170, caput, CF/88), englobando liberdade de empresa, liberdade de trabalho, liberdade de produzir, liberdade de contratar.¹⁶¹

A livre iniciativa na ordem econômica é limitada pelos princípios trazidos nos incisos do artigo 170 da Constituição Federal. Um desses princípios, que será analisado nesse tópico, é o da livre concorrência. Dessa maneira “[...] o agente econômico não possui um direito absoluto de empreender – e contratar – [...] a autorização que lhe é conferida pelo ordenamento para atuar no mercado encontra-se delimitada [...] pelos demais princípios estatuídos na Constituição”.¹⁶²

O direito da concorrência surgiu após a possibilidade do Estado interferir na liberdade de contratar (ver item 1.4). De acordo com Patrícia Regina Pinheiro Sampaio:

O reconhecimento da necessidade de intervenção do Estado sobre a liberdade de contratar permitirá o surgimento do direito da concorrência, consistente em um conjunto de normas jurídicas que conferem ao Estado legitimidade para interferir sobre as relações econômicas privadas com a finalidade de garantir o processo concorrencial. A necessidade de tais normas foi sentida porque, assim como a ausência de ingerência estatal sobre os contratos terminou por se mostrar fonte de profundas iniquidades na relação entre os contratantes (especialmente em razão da ausência de equivalência de poderes), também a excessiva liberdade de comércio levou à concentração do poder econômico e aos abusos decorrentes dessa concentração, com consequentes restrições de oferta e aumento de preços.¹⁶³

Portanto, a lei assegura a livre iniciativa, desde que a liberdade do empreendedor não viole a concorrência do mercado. Admite-se a intervenção do Estado para assegurar a livre concorrência, porque o mercado não é capaz de se auto-regular. Nesse sentido, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio afirma:

A simultânea proteção à liberdade de iniciativa e à de concorrência vai requerer a ação corretiva do Estado, pois [...] em algumas ocasiões o exercício da liberdade de iniciativa consagrada ao agente econômico pode ter por efeito a exclusão de rivais do mercado, não em razão de uma maior eficiência na condução da atividade econômica, mas sim em decorrência da utilização de seu poderio econômico para atingir e manter uma situação próxima à de monopólio. Da mesma forma, o agente com o poder de mercado pode se engajar em prática de elevação de barreiras à entrada, utilizando sua posição dominante para dificultar o ingresso de potenciais

¹⁶¹ SAMPAIO, op. cit., p. 17.

¹⁶² Ibid., p. 35.

¹⁶³ Ibid., p. 33.

concorrentes no seu mercado de atuação.¹⁶⁴

Logo, o Estado para garantir a livre concorrência deve tolher a livre iniciativa de determinados agentes econômicos.

Livre iniciativa e livre concorrência são, pois, princípios intimamente ligados. Ambos representam liberdades, não de caráter absoluto, mas liberdades regradas, condicionadas, entre outros, pelos imperativos de justiça social, de existência digna e de valorização do trabalho humano.¹⁶⁵

A restrição da livre iniciativa, portanto, é necessária no neoliberalismo. De acordo com Edmar Gomes Machado:

A todos é assegurada a livre iniciativa, como fundamento da ordem econômica, contudo, subordinada *aos ditames da justiça social, observados os princípios da defesa do consumidor e da livre concorrência*, pois o neoliberalismo sem atenção a estes implica em um capitalismo sórdido e selvagem, totalmente inadmissível pelo Direito, *ex vi* do art. 170, caput e IV e V, da CF.¹⁶⁶

A cláusula de raio se utilizada de modo indevido pode restringir a livre concorrência e, conseqüentemente, acarretar infração à ordem econômica. Deste modo, pode ser vista como uma prática anticompetitiva.

[...] as práticas anticompetitivas, além de distorcerem o mecanismo de funcionamento dos próprios mercados e, no limite, levar ao seu ocaso (situações de monopólio), violam ainda a liberdade de iniciativa dos agentes excluídos, que estão sendo aliçados não em função da maior eficiência de seus concorrentes, mas em razão de práticas artificiais empreendidas com a finalidade de retirá-los do mercado. É por essas razões que o estado intervém para garantir que a dinâmica concorrencial dos mercados não seja distorcida, coibindo as práticas anticompetitivas, de modo a assegurar o legítimo exercício da liberdade de iniciativa na seara econômica, porém coibindo e punindo o seu abuso.¹⁶⁷

Logo, mesmo que não haja proibição de previsão da cláusula de raio, diante de um caso concreto, com aplicação da regra da razão, ela poderá ser considerada ilícita, em razão

¹⁶⁴ Ibid., p. 21/22.

¹⁶⁵ BRUNA, op. cit., p. 122.

¹⁶⁶ MACHADO, Edmar Gomes; SAYEG, Ricardo Hasson; CARVALHEIRO, Cláudia. Distribuição de combustíveis automotivos. Pacto de exclusividade que impõe ao posto de gasolina adquirir combustíveis de determinada companhia distribuidora. Cláusula nula de pleno direito. Inobservância dos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. Ano 9, out./dez., 2000, p. 203.

¹⁶⁷ SAMPAIO, op. cit., p. 22.

dos benefícios trazidos por ela serem menores que os malefícios.

Destarte, se a cláusula de raio ao limitar a livre iniciativa acarretar prejuízos à livre concorrência, ela deverá ser considerada ilícita. Waldir de Arruda Miranda Carneiro defende que dificilmente a cláusula de raio poderia ser considerada lícita, porque só são previstas em razão do poder econômico do empreendedor. De acordo com o autor:

Diante das regras jurídicas que protegem a *livre iniciativa* (possibilidade de agir em qualquer sentido sem influência externa, nem do Estado nem de terceiros) e a *livre concorrência* (liberdade de competição no mercado), difícil é atribuir legalidade a uma convenção que as limita. Mormente nos casos, como o em exame, onde se sabe que tal ajuste só consta dos referidos contratos em razão do elevado poder econômico do empreendedor (cujo abuso, as referidas normas tentam evitar). Não se deslembre, por outro lado, que a liberdade de iniciativa e concorrência são princípios que visam a prosperidade e o aprimoramento econômico da nação, sendo sua proteção não apenas legal como, também, moralmente justa.¹⁶⁸

Para Fábio Konder Comparato a previsão da cláusula de raio seria decorrência natural do contrato de locação em *shopping center*, marcado pela colaboração entre lojistas e empreendedor, como afirmado no item 1.1. Dessa forma, mesmo diante da ausência de estipulação expressa, os locatários deveriam observá-la.¹⁶⁹

Gladston Mamede, por sua vez, defende que a previsão da cláusula de raio consistiria em

[...] um abuso injustificável que contraria diversas normas jurídicas. Antes de mais nada, a vigente Constituição Federal não mais permite que sejam postos limites à capacidade dos cidadãos (individualmente ou organizados em pessoas jurídicas) de livre agir e de livre concorrer. Basta recordar que a livre iniciativa é fundamento da República, assim definido pelo artigo 1º, IV, da Constituição Federal. Reconhece o nosso legislador constituinte que é do interesse do Estado brasileiro, para benefício do País, que as pessoas tenham amplas possibilidades de ação econômica, elevando a possibilidade de concretizar empreendimentos os mais diversos, desde que legais, à condição de base do sistema jurídico e econômico no qual baseia-se a República.¹⁷⁰

Portanto, a cláusula de raio seria uma restrição à liberdade de iniciativa do lojista e dos concorrentes do empreendedor, o que poderá acarretar um impacto à livre concorrência. Se o concorrente fica impedido de agir livremente, contratando com os lojistas que estão adstritos à

¹⁶⁸ CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. *Anotações à lei do inquilinato: Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 422.

¹⁶⁹ COMPARATO, op. cit. p. 27.

¹⁷⁰ MAMEDE, Gladston. *Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 110.

cláusula de raio, a concorrência fica prejudicada, porque esse empreendedor, no dever atribuído a ele de constituir um *tenant mix* atrativo (ver item 1.3), estará limitado por aquele empreendedor e terá mais dificuldades ou até mesmo ficará impedido de se tornar um efetivo concorrente do empreendedor que impõe a cláusula de raio nos contratos celebrados com os lojistas. Desse modo, a livre concorrência restará prejudicada. Sendo assim, Gladston Mamede defende a inconstitucionalidade da cláusula de raio.

[...] tais cláusulas são inconstitucionais, já que cerceiam o direito de agir economicamente com liberdade e, simultaneamente, pretendem constituir mecanismo que impeça a concorrência. Mas essa, viu-se, deve ser livre para o bem da República e da economia, não sendo legítimo ao empreendedor colocar os seus interesses privados acima dos interesses públicos, que beneficiam à totalidade da nação.¹⁷¹

No que pese o posicionamento dos autores citados, a cláusula de raio deve ser perquirida diante do caso concreto com a aplicação da regra da razão para a verificação se a conduta é ilícita ou não, porque, como visto (item 2.1), não são todas as restrições à livre concorrência que devem ser tomadas como ilícitas pelo direito concorrencial.

2.4 Aplicação da regra da razão na análise da cláusula de raio

Na análise das condutas no âmbito do direito da concorrência adota-se a regra da razão e a regra da ilicitude em si.

Segundo a regra da ilegalidade *per se*, alguns tipos de conduta – tais como algumas espécies de acordos entre concorrentes – são consideradas ilícitas, independentemente do contexto em que forem praticadas, ou mesmo dos efeitos obtidos, sejam eles danosos ou benéficos à concorrência. Quando a regra da ilegalidade *per se* é aplicada, a prática é considerada ilegal sem que para isso seja necessário investigar-se a estrutura do mercado ou o poder econômico detido pelo agente, que pode até ser nenhum.¹⁷²

Contudo, em se tratando de análise de infração contra a ordem econômica por abuso do poder econômico, deve-se adotar a regra da razão. De acordo com Calixto Salomão Filho:

¹⁷¹ Ibid., p. 111.

¹⁷² BRUNA, op. cit. p. 139.

Mesmo sofrendo certas resistências iniciais, a regra da razão acabou cedo por se firmar, restringindo a aplicação do dispositivo [*Section I do Sherman Act*]¹⁷³ apenas aqueles contratos que causassem uma desarrazoada (*unreasonable*) restrição ao comércio. A expressão “desarrazoada” envolve dois aspectos. Em primeiro lugar, é necessário que a restrição seja efetiva, ou seja, que realmente restrinja a competição, ao invés de simplesmente estabelecer regras para ela. Esse é o aspecto qualitativo. Em segundo lugar, é necessário que a restrição seja substancial, ou seja, analisadas as condições estruturais de cada mercado, promova substancial redução da competição. Esse é o aspecto quantitativo da regra. A fórmula assim elaborada pode hoje ser chamada de “regra da razão no sentido clássico.” Essa regra encontra-se hoje substancialmente modificada. Se a regra da razão clássica tinha acrescentado o termo “desarrazoada” a *Section I do sherman Act*, sua evolução posterior é no sentido de acrescentar o termo “injustificada”. Contrário ao direito concorrencial passa a ser somente aquele comportamento ou estrutura que seja eficaz para proporcionar uma restrição substancial e injustificável da concorrência.¹⁷⁴

Nesse sentido Patrícia Sampaio afirma:

[...] afim de se avaliarem os riscos de prejuízo à livre concorrência potencialmente advindos da contratação de exclusividade, faz-se sempre necessário observar o grau de fechamento (efetivo e potencial) do mercado em decorrência do negócio, não apenas em termos quantitativos (percentual de fechamento), mas também qualitativo, referente ao potencial de produção de efeitos anticompetitivos.¹⁷⁵

Em síntese, de acordo com Sérgio Varella Bruna, deve-se analisar o custo-benefício da conduta adotada pelo agente econômico.

A análise da conveniência de admitir-se um certo grau de poder econômico e, portanto, um certo nível de restrição à concorrência, além de casuística, variará conforme a ideologia econômica prevalente e, inevitavelmente, segundo as características pessoais dos diversos analistas. Todavia, o que se há de perquirir é se o poder econômico, num dado caso concreto, enseja maior ganho social relativamente ao regime concorrencial. Tal não deixa de ser, em termos mais simples, uma avaliação à luz do critério de custo-benefício, a qual, se favorável, resultará na admissão da licitude do poder econômico. O desempenho desse mister, como visto, implica o desenvolvimento de um juízo de legalidade e não de um juízo

¹⁷³ Prevê o dispositivo: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.” Tradução livre: Qualquer contrato, acordo na forma de confiança ou de qualquer outra forma, ou conspiração, em restrição à concorrência ou o comércio entre os Estados, ou com nações estrangeiras será declarado ilegal. Qualquer pessoa que celebrar um contrato ou se envolver em acordo ou conspiração declarada ilegal, será considerada como agente de um crime, e, em caso de condenação, deverá ser punido com multa não superior a 10 milhões de dólares, se for um empresário, ou, se qualquer outra pessoa, US\$ 350.000, ou com pena de prisão não superior a três anos, ou por ambas punições, a critério do tribunal. SHERMAN ANTITRUST ACT. Disponível em: < http://www.linfo.org/sherman_txt.html > Acesso em: 03 jun. 2014.

¹⁷⁴ CALIXTO, op. cit., p. 211.

¹⁷⁵ SAMPAIO, op. cit., p. 267.

de oportunidade, nada havendo de discricionário em tal atividade. Os critérios para esse juízo de legalidade são dados pela ordem jurídica, fundamentalmente as diretrizes constitucionais da atividade econômica, e também por preceitos legais de origem infra-constitucional como, por exemplo, entre nós, os incisos do §1º do artigo 54 da Lei 8.884/94 [art. 88, §6º, Lei nº 12.529/2011], ou ainda o §1º do artigo 20 da mesma lei [art. 36, §1º, Lei nº 12.529/2011]. [...] O desenvolvimento da regra da razão, nesse contexto, foi uma criação jurisprudencial cujo objetivo é o de mitigar o rigor da lei, que pune todo o qualquer contrato em restrição à concorrência. Com a aplicação da regra, são incriminados somente os acordos que não sejam, razoáveis, diante das circunstâncias.¹⁷⁶

Sendo assim, adota-se a regra da razão para a análise da licitude ou ilicitude da cláusula de raio justamente por se tratar de prática decorrente de abuso do poder econômico. Nesse sentido Daniel Cerveira Filho e Marcelo Dornellas reconhecem que as cláusulas de raio não são ilícitas em si. Para os autores elas não são anticoncorrenciais quando existam justificativas razoáveis ou quando ausente a possibilidade de excluir os concorrentes.¹⁷⁷ Dessa forma, eles afirmam:

A lógica da cláusula de raio é garantir que não haja concorrência no local onde está situado o empreendimento sob o fundamento de que o “mercado” não comporta mais de um centro de compras com um *mix* parecido, no sentido de que este perderia atratividade apesar de ter conferido valor ao local, em vista do excesso de oferta ou migração.¹⁷⁸

Por isso, deve-se analisar se a cláusula traz mais benefícios ou malefícios ao direito da concorrência, para verificar se há abuso ou não do poder econômico. Logo, na sua interpretação deve-se aplicar a regra da razão.

2.5 Efeitos da cláusula de raio

A posição dominante pode ser conferida ao agente econômico em razão de ele ter sido o primeiro a ingressar em determinado mercado, sobretudo quando esse fato é capaz de criar barreiras à entrada de novos concorrentes.¹⁷⁹

¹⁷⁶ BRUNA, op. cit., p. 157/158.

¹⁷⁷ CERVEIRA; SOUZA, op. cit., p. 58.

¹⁷⁸ Ibid., p. 58.

¹⁷⁹ FORGIONI, op. cit., p. 280.

Destarte, se o *shopping center* que goza de posição dominante adotar a cláusula de raio ou ainda a cláusula de exclusividade dirigida, ambas cláusulas de não-concorrência, ele irá criar barreiras à entrada de novos concorrentes, porque ao limitar com quem os outros *shopping centers* contratarão, eles ficarão impedidos de constituir um *tenant mix* tão diferenciado quanto o do *shopping center* que goza de posição dominante. Desse modo, esses *shopping centers*, na realidade, nunca serão concorrentes de fato do agente econômico que goza de posição dominante.

Trata-se do efeito direto e poderoso das barreiras a entrada sobre ambos os interesses protegidos pelo direito concorrencial (existência da concorrência e bem-estar dos consumidores). Em primeiro lugar, em presença dessas barreiras diminui-se a possibilidade efetiva de concorrência. O agente com poder no mercado cria para si um mercado cativo, impenetrável. Mais que uma restrição a liberdade de concorrência, há nesses casos, uma restrição a liberdade de iniciativa, objeto da tutela primária do direito concorrencial brasileiro (art. 1º da lei 12529/2011). Por outro lado, inexistente a possibilidade de entrada de concorrentes, o agente econômico pode exercer livremente o seu poder monopolista sobre consumidores. Eficazes essas barreiras, é possível aumentar livremente o preço. Não há sequer incentivo para divisão com os consumidores de qualquer ganho adicional de eficiência. As barreiras à entrada são, assim, um dos principais elementos catalisadores do poder no mercado, que permite transformá-lo em verdadeira dominação dos mercados.¹⁸⁰

Esse exercício de forma abusiva de posição dominante constitui infração contra a ordem econômica, prevista no artigo 36, IV, da Lei nº 12.529/2011 e, conseqüentemente, traz prejuízos à livre concorrência, o que também constitui infração contra a ordem econômica prevista no artigo 36, I, da mesma lei.

Dois tipos de barreiras devem ser, então, analisados. Em primeiro lugar, as chamadas barreiras naturais, decorrentes da própria conformação do mercado e do tamanho relativo de seus participantes. O segundo tipo, que é o que mais preocupa, é o das barreiras artificiais. São elas aquelas barreiras criadas por comportamentos ou omissões dos agentes econômicos que tentam, com isso, criar um mercado cativo. No primeiro grupo incluem-se vários tipos de barreiras. As mais comumente citadas são a existência de grandes vantagens de escala, a diferenciação entre produtos, o grande investimento inicial de capital necessário e os chamados custos irrecuperáveis (*sunk costs*).¹⁸¹

O fato de determinado *shopping center* ter sido o pioneiro em determinada região, por si só, já lhe concede um certo poder econômico.

¹⁸⁰ CALIXTO, op. cit., p. 222/223.

¹⁸¹ Ibid., 224.

A vantagem da primeira empresa a se mover, ou *first-mover advantage*, também se caracteriza como barreira à entrada, na medida em que as pioneiras já possuem um público fiel, experiência, possibilidade de elaborar estratégias contra os potenciais entrantes, entre outros pontos favoráveis.¹⁸²

A cláusula de raio, aliada ao poder econômico, então, contribuiria ainda mais para impor barreiras à entrada de novos concorrentes. No mesmo sentido Daniel Cerveira e Marcelo Dornellas afirmam: “Também a própria ‘cláusula de raio’, ou aquelas que proíbem a abertura de loja em determinado empreendimento, constitui barreira à entrada (artificial)”¹⁸³, se forem utilizadas “[...] para manter poder de monopólio e coibir a diferenciação vertical por parte de concorrentes potenciais”.¹⁸⁴

Podem consistir em barreiras à entrada, diversos fatores, tais como: necessidade de elevado investimento financeiro e gasto expressivo com propaganda.¹⁸⁵ Contudo, Daniel Cerveira e Marcelo Dornellas observam que:

[...] o alto investimento inicial com a aquisição do terreno, construção e publicidade não pode ser classificado como barreira à entrada, mas sim como mero dificultador. Vejamos: Antes da construção dos empreendimentos já são iniciadas as “vendas dos pontos comerciais” (*luvas/ res sperata*), o que gera um caixa considerável. Ademais, a publicidade inicial -voltada para os lojistas- não é muito dispendiosa, haja vista ser praticada em revista e jornais especializados (bem como por corretores), que não são muito disputados e caros, comparando-se com a televisão, jornais e revistas comuns. Se já não bastasse, antes mesmo de se instalarem nos empreendimentos, ou seja, antes de estes serem inaugurados, não é incomum que os lojistas que firmaram contratos de locação contribuam com o “fundo de promoção”, o que minimiza as despesas dos empreendedores. E não se tem notícias de campanhas tão agressivas de empreendedores de *shopping centers* que justifiquem o apelo.¹⁸⁶

Ademais, “[...] na hipótese de fracasso, sempre há possibilidade de vender o edifício ou reformá-lo para outras atividades ou segmentos (igrejas, centro de convenções etc.), isto é, não há incidência dos *sunk costs*.”¹⁸⁷

Tipicamente, instalações industriais que não podem ser utilizadas para outros fins que não a fabricação de determinado produto são *sunk costs*. Caso o

¹⁸² CERVEIRA; SOUZA, op. cit., p. 43.

¹⁸³ Ibid., p. 44.

¹⁸⁴ Ibid., p. 56.

¹⁸⁵ BRUNA, op. cit., p. 51.

¹⁸⁶ CERVEIRA; SOUZA, op. cit., p. 44.

¹⁸⁷ Id.

empreendimento seja malsucedido, é muito improvável que o empresário possa recuperar parte relevante do investimento naquela determinada máquina ou equipamento, já que terceiros estarão dispostos a pagar valor muito inferior ao de seu custo menos a natural depreciação.¹⁸⁸

Portanto, partindo do pressuposto de que: (i) o investimento realizado na construção do empreendimento, apesar de ser grande é diluído entre os lojistas com o pagamento da *res sperata*, (ii) não há incidência dos *sunk costs* e (iii) o investimento em propagandas não é tão expressivo, deve-se ponderar o benefício da cláusula de raio com o malefício que inevitavelmente ela gera ao impedir que os lojistas contratem com outros empreendedores no mercado relevante geográfico considerado e com isso surja um concorrente efetivo.

Daniel Cerveira e Marcelo Dornellas apontam como um benefício da cláusula de raio o fato de ela impedir que o lojista atue como um *free-rider*, apesar de poder ter como consequência a imposição artificial de barreira à entrada de novo concorrente. Afirmam os autores:

Se, por um lado, essa cláusula tem como escopo manifesto impedir que o lojista seja um “free rider”, termo econômico usado para identificar aquele que absorve o proveito econômico de uma circunstância sem dar nada em contrapartida a quem é devido, por outro lado, ela pode ter a consequência de fechar o mercado para novos concorrentes, configurando assim práticas ilegais do ponto de vista concorrencial.¹⁸⁹

No entanto, deve-se considerar que somente os lojistas que atuam no comércio de rua poderiam se valer das externalidades produzidas pelo *shopping center*, como, por exemplo, eles poderiam se beneficiar do estacionamento oferecido pelo empreendedor ou, até mesmo, do poder de atração do empreendimento de consumidores, que antes da inauguração não frequentavam as áreas adjacentes do empreendimento. Contudo, deve-se ter em vista, como afirmado, que somente os *shopping centers* devem ser considerados no mercado relevante em análise (ver item 2).

2.6 Cláusula de raio e função social dos contratos

Na análise da cláusula de raio, sobretudo no aspecto concorrencial, que acarretará

¹⁸⁸ CALIXTO, op. cit., p. 226.

¹⁸⁹ BANDEIRA, op. cit., p. 265.

efeitos a terceiros, concorrentes (potenciais e efetivos) e os consumidores, não se deve deixar de considerar a aplicação do princípio da função social dos contratos na relação estabelecida entre as partes, de forma a mitigar o princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Nesse sentido André Soares Hentz afirma:

A função social do contrato deve ser compreendida em relação aos reflexos do contrato sobre a sociedade (terceiros), e não no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes), sendo tal tarefa cuidada pela cláusula geral da boa-fé objetiva [...] Tal entendimento se dá na medida em que a função social do contrato tem por objetivo principal mitigar e modernizar o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos (o contrato somente pode atingir as partes, não prejudicando nem beneficiando terceiros) [...] Pode-se dizer, assim, que o contrato não atende sua função social quando sua execução possa sacrificar, comprometer ou lesar interesses de terceiros ou metaindividuais, nos quais estão compreendidos os interesses públicos, difusos e coletivos.¹⁹⁰

A função social dos contratos está prevista no artigo 421 do Código Civil, que dispôs: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Como explica Álvaro Villaça Azevedo “[...] esse dispositivo legal (art. 421) não cogita da liberdade de contratar, de realizar, materialmente, o contrato, mas da liberdade contratual, que visa proteger o entabulamento negocial, a manifestação contratual em seu conteúdo”.¹⁹¹ Portanto, a função social foi recepcionada pelo Código Civil como uma cláusula geral na interpretação dos contratos. De acordo com Adriana Schlabendorff:

Ao afirmar que o contrato possui um valor social, não se quer dizer que ele tenha perdido o seu valor intrínseco, ao contrário, significa que conjuntamente com esse “valor em si”, relacionado às partes contratantes, garantindo-lhes a capacidade de livre e conscientemente se auto-regrar, o valor do contrato também possui uma projeção social. Todo “valor” é uma projeção de um bem para alguém. O valor do contrato constitui-se em um bem que se projeta entre as partes da relação contratual, mas que também se projeta socialmente, visto que sua importância transcende a esfera contratual dos contratantes e atinge um todo maior, ou seja, o encadeamento das relações econômicas.¹⁹²

Continua a autora:

¹⁹⁰ HENTZ, op. cit., p. 84.

¹⁹¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato, boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis)*. IN O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Coord. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 16.

¹⁹² SCHLABENDORFF, Adriana. *A reconstrução do direito contratual: o valor social do contrato*. 2004. 299 p. Tese (Doutorado) sob orientação do prof. Doutor Antônio Junqueira de Azevedo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 229.

Diante disso, pelo valor social que possui, o contrato não pode ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, o contrato não é um átomo desvinculado de tudo o mais, ao contrário, todo contrato tem importância para a sociedade, de modo que não é intangível às condicionantes sociais que o envolvem e sobre as quais, aliás, exerce grande influência.¹⁹³

A função social dos contratos possui “[...] duas finalidades, quais sejam, promocional e repressora. A primeira busca a execução de atos socialmente desejáveis, ao passo que a segunda visa impedir a realização de atos socialmente indesejados.”¹⁹⁴ Posto isto, em razão da finalidade repressora, caso no contrato celebrado entre as partes haja a previsão de cláusula contratual que acarrete efeitos negativos a terceiros, essa cláusula será considerada ineficaz.

Por isso, na análise da cláusula de raio no âmbito do direito da concorrência é pertinente a aplicação do princípio da função social do contrato, sem fugir à observação de suas duas finalidades. Se, através da aplicação da regra da razão, a cláusula de raio for considerada benéfica para o direito concorrencial, logo para os terceiros, ela será eficaz (finalidade promocional). Ao contrário, se restar constatado que ela traz prejuízos ao direito da concorrência ela será ineficaz, de acordo com o artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil.

Portanto, a cláusula de raio não consistirá em abuso de poder econômico se não ferir a função social do contrato, o que acontecerá se ela observar parâmetros que visem tão somente garantir a viabilidade econômica do empreendimento. Com isto haverá a diminuição de poder de mercado dos empreendedores e aumento de opção para os consumidores, o que implica na melhoria dos serviços prestados pelos empreendedores para atrair a clientela.

Pela autonomia da vontade as partes podem pactuar a cláusula de raio. No entanto, ela não poderá ferir a função social do contrato, nem gerar prejuízos aos terceiros. Isto poderá ocorrer se o malefício advindo da restrição à livre iniciativa e livre concorrência superar os benefícios obtidos com a previsão da cláusula de raio.

Cada contratante, pela autonomia privada que lhe é garantida pela Constituição, realiza o contrato em razão dos seus interesses; no entanto como cada contrato tem em si um valor social, há uma série de deveres de colaboração que as partes deverão respeitar para bem manter o contrato, já que sua importância ultrapassa os interesses individuais por ter relevância para a ordem econômica.¹⁹⁵

¹⁹³ SCHLABENDORFF, op. cit., p. 230.

¹⁹⁴ HENTZ, op. cit., p. 92.

¹⁹⁵ SCHLABENDORFF, op. cit., p. 237.

Como a “[...] a autonomia da vontade está condicionada ao interesse geral, econômico e social [...]”¹⁹⁶, o magistrado ao se deparar com questões jurídicas que demandem interpretação de cláusulas contratuais, em atendimento ao princípio da função social, deve

[...] analisar o equilíbrio do contrato e as conseqüências diretas e indiretas de uma intervenção estatal ou judicial para a coletividade no curto, médio e longo prazos, assegurando a adequada circulação das riquezas e a equidade, e não somente o interesse individual. Em suma, não se pode afirmar ser a função social sinônimo da defesa do hipossuficiente no regime do Código Civil, pois a aplicação da cláusula geral deverá ser sempre casuística, baseando-se no contrato, na lei e nos usos e costumes, cabendo ao magistrado aplicá-la segundo os vetores do equilíbrio, da justiça contratual e do interesse geral, considerando o contrato na sua globalidade e dentro do contexto do sistema em que funciona.¹⁹⁷

Por isso, aplicar a função social na interpretação dos contratos não significa tutelar o hipossuficiente no âmbito do direito civil, ao contrário do que ocorre com a interpretação das cláusulas contratuais na esfera do direito do consumidor.

2.7 Parâmetros para a análise da cláusula de raio no âmbito do direito concorrencial brasileiro

A cláusula de raio, como afirmado no item 2.4, deve ser interpretada com base na regra da razão. Portanto, busca-se nesse tópico fixar os parâmetros que seriam considerados razoáveis para a análise da cláusula de raio no caso concreto.

Para se fixar os parâmetros passíveis de orientar a verificação da validade da cláusula de raio no âmbito do direito da concorrência, deve-se considerar a sua finalidade e o mercado relevante do *shopping center*. A finalidade é evitar a concorrência de forma a assegurar a consolidação do empreendimento, para que os lojistas e os consumidores possam se beneficiar das externalidades positivas geradas pela cláusula de raio. O mercado relevante, por sua vez, deve ser analisado nas dimensões produto e geográfica.

Na dimensão produto, como afirmado no item 2, considera-se somente outros *shopping centers*, porque o comércio de rua não é um produto substituto dos *shopping centers*, em razão, sobretudo, do conforto e segurança que estes oferecem aos consumidores.

¹⁹⁶ WALD, 2006, op. cit., p. 143.

¹⁹⁷ Id.

Também na dimensão produto deve-se observar o público-alvo. Por conseguinte, de acordo com o perfil do consumidor que o *shopping center* deseja atingir, a cláusula de raio vai abranger *shopping centers*, por exemplo, de médio ou alto padrão. Então, com base no mercado relevante na dimensão produto, fixa-se o primeiro parâmetro: a restrição deve atingir somente outros *shopping centers* do mesmo perfil daquele que a cláusula visa proteger.

O mercado relevante no aspecto geográfico é delimitado pela área de influência do *shopping center*¹⁹⁸, que vai variar de acordo com a facilidade de transporte; da existência de vias expressas; de estar ou não localizado próximo à estação de metrô; do perfil socioeconômico do consumidor, e, sobretudo, do tempo que o consumidor despense até o empreendimento. Esse não pode ser confundido com a delimitação espacial da restrição da cláusula de raio.

No entanto, o parâmetro tempo de deslocamento utilizado para fixar o mercado relevante geográfico se aplica na delimitação espacial da cláusula de raio. Com a diferença de que, ao invés de se considerar o deslocamento do consumidor de sua residência ou trabalho até o *shopping center*, deve-se considerar o tempo de deslocamento do consumidor entre os dois empreendimentos. A partir da finalidade da cláusula de raio de proteger a viabilidade econômica do empreendimento, ao impedir que os clientes atraídos por um determinado lojista sejam desviados para outro *shopping center* localizado dentro da área de influência primária do *shopping center*, deve-se fixar o raio. Para o atendimento desse objetivo, considera-se que o raio de até 2 (dois) quilômetros ou o tempo de deslocamento de 15 (quinze) minutos como razoável, independente do meio utilizado pelo consumidor para locomoção. A observação do tempo é fundamental, tendo em vista que a existência de barreiras naturais pode tornar o raio, ainda que de 1 (um) quilômetro, excessivo (ver item 3.4.4). Por isso, deve-se ter como parâmetro o tempo de deslocamento e não o raio em si na delimitação espacial.

No aspecto material, a restrição deve abranger a mesma marca, dentro do mesmo segmento. A restrição deve ser estendida a todos os sócios ou parceiros do lojista. Busca-se

¹⁹⁸ De acordo com Fernando Garrefa “A área de influência pode ser primária, secundária ou terciária. A primária abarca o raio de moradia ou trabalho de clientes responsáveis pela maior parte das vendas do shopping. Isso representa uma parcela que se estende a uma distância (percorrida de carro) entre dez e quinze minutos. A área de influência secundária compreende a faixa de consumidores responsáveis por cerca de 15% a 20% das vendas. Os limites de tempo de viagem ficando entre quinze e vinte minutos. A área de influência terciária compõe-se da área mais ampla, de onde consumidores têm possibilidade de acesso ao shopping. Essa faixa representa o poder de atração máximo do empreendimento, por dispor, por exemplo, de acesso facilitado ou de grandes atrativos, como facilidades de estacionamento, espetáculos ou mercadorias diferenciadas. Nessa faixa, enquadram-se consumidores que estão entre vinte e cinco e trinta minutos de viagem.” GARREFA, Fernando. *Shopping centers: de centro de abastecimento a produto de consumo*. São Paulo: Senac São Paulo, 2011, p. 89.

com a extensão da restrição no aspecto material aos sócios do lojista evitar burla à cláusula de raio e alcançar a finalidade da restrição: garantir um *tenant mix* diferenciado que seja mais atrativo do que o do efetivo ou potencial concorrente.

A restrição aos sócios majoritários evita burla à cláusula de raio porque eles poderiam constituir uma nova sociedade empresária que, por comercializar os mesmos produtos, e, ainda, com o mesmo *know how*, atrairia os mesmos clientes da sociedade anterior. Caso a restrição não fosse estendida aos sócios minoritários ou parceiros do lojista, poderia haver transferência de *know how* para eles. Dessa forma, a finalidade da cláusula de raio não seria alcançada, pois eles, da mesma forma que os sócios majoritários, comercializariam os mesmos produtos tal como na sociedade localizada dentro do *shopping center* que a cláusula de raio visa proteger. Assim, a sociedade anterior deixaria de produzir externalidades para o *shopping center*, ao deixar de ser mais um fator de atração da clientela.

Quanto à fixação do tempo de duração da cláusula de raio, como se trata de uma cláusula de não-concorrência, que visa assegurar a fixação da clientela do empreendimento, entende-se que o prazo de até cinco anos é razoável. Considera-se a previsão do artigo 1.147 do Código Civil para a cláusula de não-restabelecimento.

Fixados os parâmetros para a análise da cláusula de raio no âmbito do direito concorrencial brasileiro, passa-se a análise, no próximo tópico, de aspectos gerais da cláusula de raio no âmbito do direito concorrencial norte-americano, que vão de encontro aos aspectos abordados no direito brasileiro.

2.8 Aspectos gerais da cláusula de raio no direito norte-americano

A cláusula de raio (*radius clause*) no direito norte-americano vem, em regra, assim redigida:

- a. Acknowledgement. Tenant acknowledges that the Shopping Center may draw its customers from a large geographic area and that the success of the Shopping Center and income of the Landlord therefrom are dependent upon maximum customer traffic within the Shopping Center. [In a percentage rent lease, insert: In addition, Tenant acknowledges that Landlord is relying on the generation of percentage rent from Tenant's Gross Sales at the Premises.]
- b. Restriction. Therefore, Tenant covenants and agrees that for the period commencing on the date of the execution of this Lease and continuing through the full term of this Lease, including any renewal or extension thereof (any earlier termination resulting from Tenant's default notwithstanding), neither Tenant nor any

person, firm or is connected or affiliated with Tenant, including, without limitation, any affiliate, subsidiary, guarantor, principal, partner, shareholder, employee, agent, franchise, officer, director, licensor, licensee, investor or lender (collectively "Affiliates"), shall own, operate, manage, franchise, license, maintain, or have any significant affiliation, interest, or investment, either directly or indirectly, in any business, store, or other establishment that is:

(i) The same as, similar to, or in competition with the Tenant's business in the Premises as described in Clause [insert # of lease's use clause], such as, without limitation [list examples of same, similar, or competitive services, products, business] (such, same, similar, or competing business shall be called a "Violating Business"); and

(ii) Located within any building or building complex, any portion of which is located within a [insert distance] mile radius as measured from any point on the perimeter of the Shopping Center (as outlined on Exhibit X).

c. Exception. Any stores of the Tenant or its Affiliates within such radius that are open and operating as of the date of the execution of this Lease and which are identified on Exhibit Y ("Preexisting Businesses") may continue to be operated, managed, conducted, and owned in the same manner as on the date of this Lease, provided, however, that:

(i) There is no increase in the area of the Preexisting Business;

(ii) The Preexisting Business remain in the same locations existing as of said date; and

(iii) Any advertisement containing the address of Preexisting Businesses of Tenant or its Affiliates shall also contain equally conspicuous disclosure of the address of Tenant's location at the Shopping Center.

d. Damages. If Tenant shall violate this Clause, the Landlord shall have the right, in addition to other rights and remedies available to it, to require that the gross sales (calculated in the same manner as the tenant's gross sales under this Lease) from such Violating Business be included in the computation of Gross Sales for purposes of calculating Percentage Rent and, at Landlord's sole option, for other applicable purpose under this Lease as though such gross sales had actually been made from the Premises.

e. Right to Inspect Books. Tenant agrees to make all books, records and documentation for the purpose of establishing the gross sales of the Violating Business available to Landlord. And Landlord shall have the same rights of inspection and audit with respect to the gross sales of such Violating Business as is provided in Clause [insert # of lease clause dealing with inspection/audit rights]. However, Tenant shall pay all costs associated with such inspection and audit of the Violating Business.

f. Damages if No Inspection. However, if Tenant fails to supply all required books, records, and documentation for such Violation Business in accordance with Clause [insert # of lease clause dealing with inspection/audit rights]; or if same are not adequate to ascertain the Violating Business's gross sales; or if Landlord, in its sole discretion, deems the reports unreliable, then at the Landlord's option, the gross sales from such Violation Business shall conclusively be deemed to be equal to the greater of: (i) [enter percentage] percent of Gross Sales from the Premises for the same period, or (ii) the product of [enter set amount] Dollars per day multiplied by the number of days that the Tenant is in violation of this Clause.¹⁹⁹²⁰⁰

¹⁹⁹ MEYERSON, Alfred M. Radius Restrictions in Shopping Center Leases. Disponível em:

<<http://www.tklaw.com/files/Publication/1154cdf3-e797-4710-a578>

[1a5c578d500b/Presentation/PublicationAttachment/ffa79740-7359-43a8-b291-](http://www.tklaw.com/files/Publication/1154cdf3-e797-4710-a578/1a5c578d500b/Presentation/PublicationAttachment/ffa79740-7359-43a8-b291-e70aee32e316/Radius%20Restrictions%20in%20Shopping%20Center%20Leases%20%28Meyerson,%20A.%29.pdf)

[e70aee32e316/Radius%20Restrictions%20in%20Shopping%20Center%20Leases%20%28Meyerson,%20A.%29.pdf](http://www.tklaw.com/files/Publication/1154cdf3-e797-4710-a578/1a5c578d500b/Presentation/PublicationAttachment/ffa79740-7359-43a8-b291-e70aee32e316/Radius%20Restrictions%20in%20Shopping%20Center%20Leases%20%28Meyerson,%20A.%29.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2014, p. 17.

²⁰⁰ Tradução livre: a. Conhecimento – Os lojistas reconhecem que o *shopping center* pode atrair os seus clientes de uma grande área geográfica e que o sucesso do *shopping center* e, conseqüentemente, a renda do locador dependem do máximo de tráfego de consumidores no *shopping center*. [No contrato com aluguel percentual incluir: Além disso, os lojistas sabem que o locador está contando com o aluguel percentual incidente sobre o faturamento bruto dos lojistas no empreendimento].

Nota-se que no direito americano, assim como no direito brasileiro, justifica-se a cláusula de raio em razão da necessidade do tráfego de clientes no *shopping center*, com a diferença de que a justificativa da previsão da cláusula de raio não vem expressa no contrato no direito brasileiro.

No direito brasileiro, assim como no direito norte americano, não há limitação temporal expressa para a vigência da cláusula de raio. Quanto à extensão da cláusula há diferença entre os ordenamentos jurídicos. No direito brasileiro há a previsão da extensão da cláusula somente aos sócios do lojista. Já no direito norte-americano a extensão da restrição é muito mais abrangente, pois atinge os fiadores, administradores e empregados do lojista. Além disso, no direito brasileiro a restrição é para a exploração das “mesmas atividades”, o que pode torná-la mais abrangente, tendo em vista que o direito norte-americano ao afirmar

b. Restrição. Portanto, os lojistas convencionam e acordam que pelo período inicial da execução deste contrato até o término do prazo, incluindo qualquer renovação ou extensão (até mesmo qualquer rescisão antecipada resultante de falta do lojista), nenhum lojista ou qualquer pessoa ou sociedade, ligada ou afiliada ao lojista, incluindo, sem restrições, qualquer filial, subsidiária, fiador, diretor, sócio, acionista, empregado, franquia, diretor, conselheiro, licenciador, licenciado, investidor ou credor (coletivamente "afiliadas"), poderá operar, gerir, franquiar, licenciar, manter ou ter qualquer ligação significativa, interesse ou investimento, diretamente ou indiretamente, em qualquer negócio, loja ou outro estabelecimento que:

(i) Seja idêntico, semelhante ou concorrente com o negócio do lojista localizado no empreendimento como descrito na Cláusula [inserir número da cláusula de uso], tais como, sem limitação [listar exemplos lista de serviços, produtos ou negócios iguais, semelhantes ou concorrentes] (negócio idêntico, similar, ou concorrente deve ser chamado de "Negócio Violador"); e

(ii) Esteja localizado dentro de qualquer complexo de edifícios ou construção, em qualquer parte que esteja localizado dentro de um [distância de inserção] raio de milhas, medido a partir de qualquer ponto do perímetro do Shopping Center (conforme descrito no Anexo X).

c. Exceção. Todas as lojas do locatário ou suas filiais dentro desse raio que estejam abertas e operando na data da assinatura do presente contrato de locação e que estejam identificadas no Anexo Y ("As empresas pré-existentes") podem continuar a ser operadas, gerenciadas e conduzidas na mesma propriedade como na data da assinatura deste contrato, desde que, contudo:

(i) Não haja aumento na área dos negócios preexistentes;

(ii) Os negócios preexistentes permaneçam nos mesmos locais existentes a partir da citada data; e

(iii) Qualquer anúncio que contenha o endereço das lojas preexistentes do locatário, deve também conter o endereço visível de localização do lojista no Shopping Center.

d. DANOS. Se o lojista violar essa cláusula, o locador tem o direito, além de outros direitos e recursos de que dispõe, de exigir que o faturamento (calculado da mesma forma que o faturamento da loja sob as regras deste contrato) de tal negócio violador da cláusula de raio seja incluído no cálculo do faturamento para fins de cálculo do aluguel percentual e, como opção do locador, para outros fins previstos no contrato, como se essas vendas na verdade tivessem ocorrido no empreendimento.

e. Direito de consultar os livros. O locatário concorda em tornar todos os livros, registros e documentação do negócio violador, para o propósito de verificar as vendas brutas, disponíveis ao locador. O locador terá os direitos de fiscalização e de inspeção com relação às vendas brutas de tal negócio violador como está previsto na cláusula [inserir # da cláusula de locação sobre direitos de inspeção / auditoria]. No entanto, o lojista deve pagar todos os custos associados à inspeção e auditoria do negócio violador.

f. Danos se não houver inspeção. No entanto, se o lojista deixar de fornecer todos os livros necessários, registros e documentação do negócio violador, de acordo com a Cláusula [inserir # da cláusula de locação sobre direitos de inspeção / auditoria]; ou se não forem suficientes para determinar as vendas brutas do negócio violador; ou se o locador, a seu exclusivo critério, julgar os relatórios não confiáveis, as vendas brutas de tal negócio violador devem ser consideradas iguais ao maior valor: (i) [inserir percentual] das vendas brutas da loja do empreendimento no mesmo período, ou (ii) o produto de [montante fixado] dólares por dia, multiplicado pelo número de dias que o lojista violou a cláusula.

“estabelecimentos iguais, semelhantes ou concorrentes” indica a substituíbilidade entre os produtos. Ao contrário, no direito brasileiro “mesmas atividades” pode levar a seguinte interpretação: se a sociedade empresária atua no comércio varejista de calçados no *shopping center*, mesmo que voltado para o público masculino adulto, ela não poderá comercializar calçados femininos ou infantis na área abrangida pelo raio, em razão de a cláusula apenas mencionar “mesmas atividades”.

Quanto à abrangência do mercado relevante na dimensão produto, a cláusula no direito norte-americano abrange tanto o comércio de rua, quanto os demais *shopping centers*. No direito norte-americano, assim como no direito brasileiro, delimita-se o raio a partir de qualquer ponto do *shopping center*.

O direito norte-americano traz expresso de que a restrição não atinge as lojas já em funcionamento, o que está implícito no direito brasileiro, porque a cláusula menciona “abrir outro estabelecimento comercial”. Contudo, no direito norte-americano, as lojas pré-existentes não podem ser ampliadas e transferidas de local. Além disso, a cláusula determina que toda divulgação dessas lojas deve conter o endereço do *shopping center*.

Caso a cláusula de raio seja descumprida, o contrato no direito norte-americano prevê que o aluguel percentual incidirá sobre o faturamento bruto da loja violadora da cláusula. Para atribuir eficácia à cláusula referida, o direito norte-americano prevê a possibilidade de fiscalização do faturamento bruto da loja violadora da cláusula pelo empreendedor. No direito brasileiro, apenas há previsão de rescisão do contrato em caso de inobservância da cláusula de raio.

Percebe-se que, apesar de haver algumas diferenças pontuais, a cláusula de raio prevista no direito norte-americano se assemelha à prevista no direito brasileiro, sobretudo em razão da finalidade perseguida ser a mesma. O conceito atribuído a elas se assemelha ao que se encontra na doutrina nacional. Ela é definida como “[...] *a provision that prevents the tenant from opening another store within a certain distance from the shopping center, which would result in reduced traffic to the existing store and to the shopping center.*”²⁰¹²⁰²

Em outra definição se extrai mais uma finalidade da cláusula de raio: “*A shopping center lease clause that prevents a tenant from opening another store within a certain radius*

²⁰¹ BUSINESS GLOSSARY. Radius clause. Disponível em: <<http://www.allbusiness.com/glossaries/radius-clause/4965855-1.html>> Acesso em: 20 jul. 2014.

²⁰² Tradução livre: Uma cláusula que proíbe o lojista de abrir uma nova loja a uma certa distância do empreendimento, o que poderia resultar em redução de tráfego para a loja originária e para o *shopping center*.

*of the current shopping center. The purpose is to prevent a competitor from duplicating the landlord's tenant mix in a nearby mall.*²⁰³²⁰⁴

Das definições apresentadas nota-se que a utilização da cláusula de raio no direito norte-americano tem o mesmo objetivo da utilização da cláusula no direito brasileiro: busca-se evitar a redução das externalidades de tráfego produzidas por cada lojista, as quais beneficiam todos os lojistas e o empreendimento em si, e a cópia do *tenant mix* pelo *shopping center* vizinho, o que ensejaria o aumento da concorrência ou a possibilidade do *shopping center* vizinho, que antes era um potencial concorrente, vir a se tornar um concorrente efetivo. De acordo com Alfred M. Meyerson: “*The radius clause acts as a safety mechanism protecting the landlord’s share of percentage rent.*”²⁰⁵²⁰⁶

No direito norte-americano também há a previsão da chamada cláusula de raio reversa. Esta cláusula impede que o empreendedor inaugure um novo *shopping center* na região vizinha ao anterior, de forma a impedir a concorrência entre os *shopping centers*.²⁰⁷ Nota-se que no direito brasileiro não há a previsão dessa cláusula, o que pode ser explicado pelo poder de mercado detido pelos empreendedores.

Os lojistas no direito norte-americano não são completamente favoráveis à cláusula de raio.

Tenants argue against these clauses because: a. Tenants need to meet their competition and not be prevented from competing; b. [...] Tenant would not open [an additional] [...] store at the cost of the original store - it would not make sense economically; and c. Customers would not be drawn away from the center just because tenant opened another store nearby (most tenants do not have that kind of power); rather customers would be driven away because there is a new center.²⁰⁸²⁰⁹

²⁰³ THE FREE DICTIONARY. Disponível em: <<http://financial-dictionary.thefreedictionary.com/radius+clause>> Acesso em: 20 jul. 2014.

²⁰⁴ Tradução livre: Cláusula de contrato de *shopping center* que proíbe o lojista de abrir uma outra loja em um certo raio do *shopping center*. A finalidade da cláusula é evitar que concorrente duplique o *tenant mix* do empreendedor no *shopping center* vizinho.

²⁰⁵ MEYERSON, op. cit., p. 3.

²⁰⁶ Tradução livre: A cláusula de raio atua como um mecanismo seguro que protege a participação do locador sobre o aluguel percentual.

²⁰⁷ BUSINESS GLOSSARY. Reverse radius clause. Disponível em: <<http://www.allbusiness.com/glossaries/reverse-radius-clause/4965811-1.html>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

²⁰⁸ WATTEN, Steven P. Exclusive Covenants and Radius Clauses. Disponível em: <<http://www.jdsupra.com/legalnews/exclusive-covenants-and-radius-clauses-12623/>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

²⁰⁹ Tradução livre: Os lojistas são contra essas cláusulas porque: a. Os lojistas precisam enfrentar os seus concorrentes e não ser impedidos de concorrer; b. Os lojistas não abririam uma nova loja em prejuízo da loja originária – isso não faz sentido economicamente; e c. Os consumidores não deixarão de ir ao centro apenas

Sobre um dos efeitos negativos da cláusula de raio sobre os lojistas, que também ocorre no direito brasileiro, por ser inerente a restrição, Joel R. Hall discorre:

The most negative effect of a radius clause upon a tenant is that it prevents him from effectively meeting that competition in the marketplace. If the tenant is held captive by radius clause, the competitor will be guaranteed a monopoly in the new location and the tenant's ability to grow his business will be stifled. The sales at the original location will suffer anyway because of the effects of the competitor's presence in the new center, whether or not the tenant is allowed to open at the new location. Indeed, the sales all of *all* of the tenants of the original center will be impacted by the opening of a new center, whether or not any of those tenants have radius clauses in their leases. If the tenant is allowed to open in the new location, at least he can capture those sales and contribute to the continued health of his business at both locations.²¹⁰²¹¹

No entanto, ainda de acordo com o autor supracitado:

Unfortunately, landlords don't care about such considerations. Their real motivation for the radius clause is to hurt the competing developer by trying to hold the prime retailers captive in the original center. As far as the tenant's general performance is concerned, landlords only think about the performance of the tenant at their particular shopping center and don't care whether the tenant's inability to open additional stores within the trade area will hurt the tenant overall. This is a provincial and shortsighted viewpoint.²¹²²¹³

porque o lojista abriu uma loja próxima (a maior parte dos lojistas não tem esse tipo de poder); poucos consumidores serão direcionados para fora em razão do novo centro comercial.

²¹⁰ HALL, Joel R. Radius Clause. Disponível em:

<<http://www.acrel.org/Documents/Seminars/2001%20HALL%20-%20Radius%20clauses.pdf>> Acesso em: 21 jul. 2014, p. 1.

²¹¹ Tradução livre: O efeito mais negativo da cláusula de raio sobre o lojista é que ela o impede de competir no mercado. Se o lojista fica preso no *shopping center* pela cláusula de raio, será garantido ao concorrente o monopólio na nova localização e a habilidade do lojista em ampliar os seus negócios será sufocada. As vendas na localização original serão atingidas de qualquer forma, em razão da presença do concorrente no novo centro comercial, independente de o lojista estar ou não impedido de se fixar no novo centro comercial. Portanto, as vendas em geral, de todos os lojistas do centro originário serão impactadas com a inauguração do novo centro, mesmo que haja ou não previsão da cláusula de raio em seus contratos. Se ao lojista não for permitido se fixar no novo centro, pelo menos ele poderá captar essas vendas e contribuir para o bom desenvolvimento dos negócios em ambas localizações.

²¹² HALL, op. cit., p. 4.

²¹³ Tradução livre: Infelizmente os locadores não se preocupam com essas considerações. A maior motivação deles com a cláusula de raio é impedir o desenvolvimento da concorrência, mantendo os lojistas presos no *shopping center*. Apesar do desempenho em geral do lojista estar em causa, os locadores apenas pensam no desempenho do lojista no seu *shopping center* e não se preocupam se a impossibilidade do lojista abrir uma loja na área de comércio próxima irá prejudicá-lo de uma forma geral. Este é um ponto de vista arcaico e míope.

Da mesma forma que o direito brasileiro, o direito norte-americano reconhece que o locatário tem interesse em abrir uma loja nas áreas adjacentes ao *shopping center*.²¹⁴ Sendo assim, o direito norte-americano, tal como o direito brasileiro, busca estabelecer parâmetros razoáveis para a previsão da cláusula de raio.²¹⁵ Logo, aplica-se a regra da razão na interpretação da cláusula de raio no direito norte-americano.²¹⁶ Portanto, “*Even if the exclusive is not a per se violation, it must pass a ‘rule of reason’ test. To be unlawful, the exclusive must deprive the complainant of space in the geographical market.*”²¹⁷²¹⁸

Dessa forma, o primeiro critério utilizado, o da distância, se assemelha ao direito brasileiro, porque ele também pode sofrer variações, conforme se trate de uma área de alta densidade demográfica ou não.

Typically, a radius restriction clause in a shopping center lease that prohibits a tenant from operating a competing store within a 3-to-5-mile radius of the tenant’s outlet at the center will be upheld as reasonable by the courts; however, in urban areas, where retail trade areas are significantly more concentrated due to much higher population densities, a significantly smaller radius restriction may be considered reasonable.²¹⁹²²⁰

Gary A. Glick e Matthew P. Seeberger observam que é importante determinar o ponto a partir do qual se mede o raio, para que não haja divergência na aplicação da cláusula.²²¹ Os autores também observam que é crucial que a cláusula seja limitada no tempo. No entanto,

²¹⁴ GLICK, Gary A.; SEEBERGER, Matthew P. Closing the Loop on Radius Restrictions. Disponível em: <<http://www.icsc.org/uploads/publications/LU-2005-Spring-Full-Issue.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2014, p. 4.

²¹⁵ Id.

²¹⁶ GLICK; SEEBERGER, op. cit., p. 5.

²¹⁷ HERMAN, Mitchell Y. The practical problem of enforcing restriction clauses. Disponível em: <<http://www.tklaw.com/files/Publication/1154cdf3-e797-4710-a578-1a5c578d500b/Presentation/PublicationAttachment/ffa79740-7359-43a8-b291-e70aee32e316/Radius%20Restrictions%20in%20Shopping%20Center%20Leases%20%28Meyerson,%20A.%29.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2014, p. 56.

²¹⁸ Tradução livre: Ainda que a exclusividade não seja uma violação em si, a ela deve ser aplicada a regra da razão. Para ser ilegal, a exclusividade deve privar o concorrente de espaço no mercado geográfico.

²¹⁹ GLICK; SEEBERGER, op. cit., p. 4.

²²⁰ Tradução livre: Geralmente, uma cláusula de raio no contrato de *shopping center* que proíbe o lojista de ter uma loja concorrente no raio de 3 à 5 milhas do centro do *shopping center* tende a ser considerada razoável pela corte. No entanto, em áreas urbanas, em que o comércio varejista é significativamente mais concentrado, em razão da maior densidade populacional, será considerado como razoável um raio menor.

²²¹ GLICK; SEEBERGER, op. cit., p. 6.

eles não estabelecem um prazo.²²² Contudo afirmam:

However, the lease preparer should be aware that a substantial change in the demographics of the area around the shopping center may render a prolonged radius restriction as anti-competitive and invalid under restraint of trade laws. Anti-competitive clauses that extend well beyond the term of the lease would probably be found to be a restraint of trade.²²³²²⁴

Apesar de os autores supra citados não terem considerado um prazo de duração da cláusula de raio Joel R. Hall observa: “*Often, the tenant will negotiate a clause that operates for a limited time only - three years is typical.*”²²⁵²²⁶

Além disso, os autores citados observam que deve ser prevista a transferência da restrição na hipótese de alienação ou alteração da composição societária do *shopping center* ou do locatário.²²⁷ Outro aspecto importante, também comum no direito brasileiro, é a delimitação material da cláusula de raio. Nesse sentido Gary A. Glick e Matthew P. Seeberger afirmam: “*It is also important for the radius restriction to include a clear definition of the business, trade or trade name covered under the radius clause.*”²²⁸²²⁹ Sobre esse aspecto observa Joel R. Hall:

If the landlord drafts the exemption, it usually states that the radius clause only applies to stores of the tenant operated under “the same or similar tradename” or “deceptively similar tradename”. This should not be acceptable to the tenant because the similarity of the names will have little to do with the concept of competing, which is to vie for the same customer and secure him at the expense of another.²³⁰²³¹

²²² Id.

²²³ Id.

²²⁴ Tradução livre: Apesar disso, o redator do contrato deve ter consciência que uma substancial mudança na demografia da área adjacente ao *shopping center* pode tornar uma cláusula de raio prolongada anti-competitiva ou inválida pelas leis do comércio. Cláusulas anti-competitivas que se estendem no tempo, provavelmente serão consideradas restritivas ao comércio, apesar de terem sido previstas no contrato.

²²⁵ HALL, Joel R, op. cit., p. 4.

²²⁶ Tradução livre: Na maior parte das vezes o lojista vai negociar uma cláusula de raio que produz efeitos apenas por um período de tempo – 3 anos é a regra.

²²⁷ GLICK; SEEBERGER, op. cit., p. 6.

²²⁸ Id.

²²⁹ Tradução livre: Também é importante na restrição da cláusula de raio estabelecer o tipo de negócio, empresa ou nome empresarial abrangido pela cláusula de raio.

²³⁰ HALL, Joel R, op. cit., p. 11.

²³¹ Tradução livre: Se o locatário redige a cláusula, ele normalmente vai prever que a restrição somente se aplica

O direito norte-americano na previsão da cláusula de raio possui uma outra preocupação, que ainda não foi cogitada pelo direito brasileiro. De acordo com Gary A. Glick e Matthew P. Seeberger: “*As a growing number of stores become showrooms or points of order for Internet and/or catalog sales, a radius restriction should be clear on how to measure sales generated by the subject store.*”²³²²³³ Como esclarece Jennifer E. Doty “*The sales made over the Internet could be sales that would otherwise be made from the mall.*”²³⁴²³⁵ Logo, deve restar claro na cláusula de raio como incidirá ou se não incidirá o aluguel percentual sobre essas vendas comuns nos dias atuais.

No direito norte-americano, assim como no direito brasileiro, a previsão da cláusula de raio será a regra. Nesse sentido, Gail M. Stern afirma: “*Most prospective tenants may not be able to negotiate away the radius restriction. Therefore, the tenant should attempt to limit the restriction.*”²³⁶²³⁷ A tentativa de restrição da limitação também ocorre no direito brasileiro, como foi demonstrado com a cláusula de raio tomada como exemplo neste trabalho, em que o raio passou de 2.000 (dois mil) metros para 400 (quatrocentos) metros e, ao invés de abranger qualquer prédio, ficou restrita aos demais *shopping centers*.

para lojas do locatário que operam com o mesmo ou similar nome empresarial ou com um nome aparentemente semelhante. Isso não pode ser aceito pelo lojista, porque semelhança de nomes tem pouco a ver com a concepção de concorrência, que consiste em disputar o mesmo cliente e mantê-lo em detrimento do concorrente.

²³² GLICK; SEEBERGER, op. cit., p. 6.

²³³ Tradução livre: Como um número crescente de lojas passam a ter pontos de vendas pela internet ou por catálogo, a restrição imposta pela cláusula de raio deve especificar de forma clara como medir as vendas realizadas pela loja.

²³⁴ DOTY, Jennifer E. The effects of electronic commerce on the traditional shopping center lease. Disponível em: <<http://www.tklaw.com/files/Publication/1154cdf3-e797-4710-a578-1a5c578d500b/Presentation/PublicationAttachment/ffa79740-7359-43a8-b291-e70aee32e316/Radius%20Restrictions%20in%20Shopping%20Center%20Leases%20%28Meyerson,%20A.%29.pdf>> Acesso em: 21 jul. 2014, p. 69.

²³⁵ Tradução livre: As vendas realizadas pela internet poderiam ser vendas realizadas no *shopping center*.

²³⁶ STERN, Gail M. Use clauses, operation covenants, exclusive clause and radius restriction. Disponível em: <<http://www.tklaw.com/files/Publication/1154cdf3-e797-4710-a5781a5c578d500b/Presentation/PublicationAttachment/ffa79740-7359-43a8-b291-e70aee32e316/Radius%20Restrictions%20in%20Shopping%20Center%20Leases%20%28Meyerson,%20A.%29.pdf>> Acesso em: 21 jul. 2014, p. 125.

²³⁷ Tradução livre: A maioria dos potenciais lojistas podem não ser capazes de celebrar o contrato de locação sem a cláusula de raio. No entanto, os lojistas devem tentar limitar a restrição.

3 ANÁLISE DE DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE) E DOS TRIBUNAIS NACIONAIS

Nesse capítulo serão analisadas as decisões do CADE e dos tribunais nacionais que analisaram a licitude ou ilicitude da cláusula de raio. A competência do CADE é fixada em razão de a cláusula fixada no contrato de *shopping center* acarretar possível lesão à ordem econômica.

Em regra as infrações cometidas serão aquelas previstas no artigo 36, incisos I e IV da Lei nº 12.529/2011.

A competência do CADE não retira a competência dos tribunais para dirimir o litígio. As esferas administrativas e judiciais são independentes. A Constituição da República Federativa do Brasil prevê, no artigo 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. Contudo, a análise do CADE é eminentemente técnica em comparação com a realizada pelos tribunais. Enquanto o CADE analisa a cláusula de raio sob a ótica de infração à ordem econômica e identificação do mercado relevante, para concluir se houve restrição à livre iniciativa ou livre concorrência, os tribunais, em regra, se limitam a afirmar que não há restrição à livre iniciativa ou livre concorrência em razão da liberdade contratual das partes.

No decorrer do capítulo serão analisadas quatro decisões administrativas proferidas pelo CADE e 13 (treze) decisões judiciais, sendo 1 (uma) do Superior Tribunal de Justiça, 2 (duas) do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e 11 (onze) de tribunais estaduais.

3.1 Caso Associação de Lojistas de *Shopping* do Estado de São Paulo x *shopping* Iguatemi São Paulo

Este processo administrativo foi instaurado em razão de representação da procuradoria geral do CADE em decorrência de Consulta Pública realizada pela Associação de Lojistas de Shopping do Estado de São Paulo, que buscava o posicionamento do CADE sobre a legalidade ou abusividade da cláusula de raio incluída pelo Shopping Iguatemi nos contratos de locação celebrados com os lojistas.

3.1.1 Parecer da Secretaria de Direito Econômico (SDE)

A representação contra o *shopping* Iguatemi foi protocolada no dia 16 de outubro de 1997 pela Procuradoria Geral do CADE na Secretaria de Direito Econômico, “[...] pelo fato de que esse *shopping* estaria impondo a seus locatários cláusulas contratuais restritivas à livre concorrência e à livre iniciativa [...]”.²³⁸

A Inspeção Geral da Secretaria de Direito Econômico “[...] sugeriu a instauração de Processo Administrativo por reconhecer indícios suficientes de prática passível de ser alcançada pela Lei nº 8.884/94, incisos III, IV e V do art. 21, c/c inciso I do art. 20 [...] [Art. 36, I e §3º, I, “c”, III e IV da Lei nº 12.529/2011]”.²³⁹

O Secretário de Direito Econômico acolheu a sugestão da inspeção e instaurou o processo administrativo.²⁴⁰

A Secretaria de Direito Econômico considerou “[...] que a legalidade da cláusula de raio, sob o ponto de vista concorrencial, deve ser analisada segundo a regra da razão”.²⁴¹

Na análise da cláusula de raio, de acordo com a Secretaria de Direito Econômico, “[...] o poder de mercado [...] deve ser avaliado na forma da capacidade que tem o *shopping* de atrair para seu estabelecimento os lojistas selecionados para integrar o *tenant mix*”.²⁴²

De acordo com a SDE, partindo do pressuposto de que

[...] a instalação de lojas em *shoppings* já consolidados é um investimento bem mais atrativo (ou menos arriscado) do que em novos empreendimentos, conclui-se que a estipulação de cláusulas de raio em *shoppings* com grande potencial de expansão física (capacidade ociosa na forma de espaços vazios ou terreno disponível) pode ter como efeito a dominação do mercado pelo *shopping* incumbente, ao menos em um período de curto e médio prazos.²⁴³

Observa-se no parecer que, ao contrário do que alega o representado, o fato de haver

²³⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Parecer Secretaria de Direito Econômico. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000281181611.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014, p. 1.

²³⁹ Ibid., p. 3.

²⁴⁰ Ibid., p. 4.

²⁴¹ Ibid., p. 19.

²⁴² Ibid., p. 20.

²⁴³ Id.

mais de 6 mil lojas disponíveis não afasta a possibilidade de prejuízos aos concorrentes se for adotada a cláusula de raio.²⁴⁴ “Isto porque, evidentemente, nem todas as 6 mil lojas mencionadas pelo representado seriam adequadas aos exigentes padrões de escolha dos *shopping centers*.”²⁴⁵

A SDE considerou o mercado relevante na dimensão produto como o de *shopping centers* de alto padrão.²⁴⁶ O mercado relevante geográfico foi delimitado a partir da distância que os consumidores estão dispostos a percorrer para realizar compras. Logo, considerou-se o mercado geográfico como “[...] **os shopping centers de alto padrão estabelecidos na zona oeste, norte da zona sul e oeste da zona central da cidade de São Paulo**”.²⁴⁷

A SDE considerou que

[...] a imagem consolidada de *shopping center* de alto padrão detida pelo Iguatemi agrega, por um lado, valor às lojas que lá se instalam, fazendo com que essas possam aceitar celebrar um contrato com cláusulas possivelmente restritivas para, em troca, conseguir manter um ponto no *shopping* com maior faturamento por metro quadrado da cidade ou, ainda, associar sua imagem ao *shopping*.²⁴⁸

Em razão da imagem consolidada do *shopping* Iguatemi, o investimento do lojista é de menor risco quando comparado aos *shopping centers* novos.²⁴⁹ Ademais, “[...] o faturamento por área bruta locável do [...] [Iguatemi] é bastante superior ao verificado em todos os demais *shoppings* da cidade de São Paulo [...]”.²⁵⁰

Como a cláusula de raio prevista só atinge o *shopping* Eldorado no mercado relevante considerado “[...] há real possibilidade de outros *shopping centers* promoverem diferenciação vertical de acordo com o mix do Iguatemi.”²⁵¹ Logo, a cláusula de raio, de acordo com o parecer da SDE, não poderia ser considerada uma efetiva restrição à concorrência. Desse

²⁴⁴ Ibid., p. 21.

²⁴⁵ Id.

²⁴⁶ Ibid., p. 26.

²⁴⁷ Ibid., p. 29.

²⁴⁸ Ibid., p. 31.

²⁴⁹ Id.

²⁵⁰ Id.

²⁵¹ Ibid., p. 35.

modo, sugeriu que o processo administrativo fosse arquivado.²⁵²

3.1.2 Parecer do Ministério Público Federal (MPF)

Como a cláusula de raio foi considerada razoável no caso concreto pela SDE, o MPF opinou pelo arquivamento do processo.²⁵³

O representado alegou, nos termos do parecer do MPF, que

[...] a cláusula de raio visa garantir o interesse legítimo do conjunto das lojas estabelecidas em cada *shopping*, preservar a combinação ideal de oferta de serviços aos consumidores, e não apenas os interesses da administradora do *shopping*, o que explicaria a sua essencialidade, e a sua difusão, tanto nacional quanto internacionalmente.²⁵⁴

O MPF considerou que “[...] a cláusula de raio [...] se faz necessária para a viabilidade do empreendimento em questão, não sendo incompatível com as forças do livre mercado”.²⁵⁵ A cláusula de raio “[...] busca impedir que o lojista deixe de contribuir para o avanço das relações comunitárias presentes no *shopping center*, imprescindíveis à sua existência, concorrendo consigo mesmo e, por extensão, com os demais parceiros do empreendimento comum”.²⁵⁶

Por isso, de acordo com o MPF, “[...] cabe à autoridade antitruste aferir se o grau de restrição [...] decorrente da cláusula se mantém no limite do razoável [...] para [...] garantir a viabilidade do empreendimento *shopping center*, e [...] não sobrestar o desenvolvimento das atividades comerciais dos lojistas ali instalados”.²⁵⁷

²⁵² Ibid., p. 38.

²⁵³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Parecer Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000281191091.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014, p. 8.

²⁵⁴ Ibid., p. 4.

²⁵⁵ Ibid., p. 6.

²⁵⁶ Ibid., p. 7.

²⁵⁷ Ibid., p. 8.

3.1.3 Consulta Pública

Após a manifestação da SDE o *shopping* Iguatemi realizou Consulta Pública que teve como objeto “[...] proposta de Termo de Compromisso de Cessação – TCC e Transação Judicial [...] referentes ao Processo Administrativo nº 08012.006636/97-43 e à ação judicial nº 2004.18729-0 [...]”.²⁵⁸

A procuradoria do CADE ressaltou que o processo administrativo gira em torno de

[...] apurar conduta do Shopping Iguatemi consistente na utilização de cláusulas de raio nos contratos de locação celebrados com os respectivos lojistas. Tais cláusulas impedem que as lojas locatárias do Iguatemi abram estabelecimentos comerciais idênticos ou similares a uma distância mínima de 2500 metros do mencionado Shopping.²⁵⁹

A ação judicial tombada sob o nº 2004.34.00.018729-0 foi ajuizada em decorrência do julgamento do processo administrativo nº 08012.009991/1998-82 que considerou que a adoção de cláusula de exclusividade constitui infração contra a ordem econômica e impôs uma série de medidas a serem adotadas pelo *shopping* Iguatemi.²⁶⁰ Contudo, na ação judicial, em sede de antecipação de tutela, foi acolhido o pedido de suspensão dos efeitos da decisão do CADE.²⁶¹

O TCC compreendia a cláusula de raio e a cláusula de exclusividade.²⁶²

Como a questão da utilização da cláusula de exclusividade já havia sido julgada pelo CADE na data da realização da Consulta Pública, a procuradoria do CADE observou que não se trata da “[...] realização de um Termo de Compromisso de Cessação e sim a efetivação de uma transação ou acordo judicial”²⁶³, medida de caráter discricionário da competência do

²⁵⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Parecer nº 469/2007 da Procuradoria Federal. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000281191091.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014, p. 1.

²⁵⁹ Ibid., p. 1/2.

²⁶⁰ Id.

²⁶¹ Ibid., p. 3.

²⁶² Ibid., p. 4.

²⁶³ Ibid., p. 5.

plenário.²⁶⁴

A procuradoria do CADE considerou que “[...] a utilização da cláusula de exclusividade por uma empresa detentora de grande poder no mercado relevante examinado, antes de trazer benefícios, prejudica sensivelmente o ambiente concorrencial”.²⁶⁵ Ademais,

o argumento de que se deve proteger um verdadeiro “direito autoral” na formação do *tenant mix* do shopping center também não pode ser apontado como óbice à intervenção estatal como agente garantidor da preservação do ambiente concorrencial. A Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo que assegura o direito de propriedade, condiciona-o ao atendimento da função social. Nesse sentido, do mesmo modo que a Carta Magna assegura o direito autoral, também protege a livre concorrência, estabelecendo ainda que a ordem econômica tem a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.²⁶⁶

Deve-se considerar, nos termos do parecer da procuradoria, “[...] que o aparente conflito entre direito autoral *versus* proteção à livre concorrência reflete mais precisamente no confronto entre direito do particular e direito da coletividade; interesse privado e interesse público”.²⁶⁷ Logo, deve prevalecer o interesse público.

Outrossim “[...] a cláusula de exclusividade utilizada pelo Iguatemi, além de não apresentar justificativa econômica, direciona-se especificamente contra determinados concorrentes, configurado-se em uma indevida restrição ao desenvolvimento das atividades dos mesmos”.²⁶⁸

Quanto à cláusula de raio, a procuradoria do CADE, com base na aplicação da regra da razão, considerou que ela, nos moldes disciplinado pelo TCC (raio de 2.000m) seria razoável.²⁶⁹

Contudo, a procuradoria-geral do CADE aprovou parcialmente o parecer. De acordo com a procuradoria-geral, o acordo deveria ser rejeitado na integralidade, pois a cláusula de exclusividade não poderia coexistir com a cláusula de raio, porque enquanto adotada a cláusula de exclusividade nominal, “[...] as lojas de rua cumprem função importante de se

²⁶⁴ Ibid., p. 8.

²⁶⁵ Ibid., p. 9.

²⁶⁶ Id.

²⁶⁷ Id.

²⁶⁸ Ibid., p. 10.

²⁶⁹ Ibid., p. 11.

apresentar como alternativa concorrencial”.²⁷⁰

Portanto, na época da análise do caso, considerou-se o fato de a decisão do CADE estar suspensa. Por conseguinte, considerou-se as lojas de rua como alternativa à concorrência.²⁷¹

3.1.4 Voto do conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos

Dentre as solicitações da procuradoria geral, uma delas foi a apuração dos fatos referentes “[...] à Ação de Despejo proposta pelo Condomínio Shopping Center Iguatemi em desfavor da empresa Fórum Confecções [...]”²⁷² (ver item 3.5.9).

No relatório, o Conselheiro enumera dentre as alegações da representada a de que

[...] a denominada ‘cláusula de raio’ tem como principal objetivo a proteção do ‘fundo de comércio’, inerente ao tipo de negócio dos *shopping centers*. [...] [Sendo assim] se prevalecer ‘a regra da razão’ na análise deste caso, a conduta em questão – vedação aos lojistas de *shopping* de ter outro estabelecimento no mesmo ramo de atividade num raio de 2.500m do Shopping Iguatemi -, certamente será considerada lícita [...]²⁷³

O conselheiro considerou o mercado relevante na dimensão produto como sendo o de *shopping centers*. De acordo com o conselheiro, “[...] caracterizado por um tipo de comércio sensivelmente diferenciado do comércio de rua, os shoppings constituem-se em um mercado relevante à parte, concorrendo entre si por meio da oferta eficiente de serviços, na busca pela preferência do público consumidor”.²⁷⁴ Como há diferenciações entre os *shopping centers* de acordo com o público consumidor, a partir de características do caso concreto, o conselheiro conclui que o mercado relevante na dimensão produto seria o de “[...] shopping center

²⁷⁰ Ibid., p. 13.

²⁷¹ Id.

²⁷² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Voto do Relator Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000296761570.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014, p. 2.

²⁷³ Ibid., p. 3.

²⁷⁴ Ibid., p.10.

regional de alto padrão”.²⁷⁵

Quanto ao mercado relevante geográfico o conselheiro adotou o entendimento da SDE, aliado à lista dos *shopping centers* que são alvo de cláusulas de exclusividade pela representada e concluiu que “[...] os concorrentes do Shopping Iguatemi no presente caso [...] são: Eldorado, Morumbi, Jardim Sul, Villa Lobos e Higienópolis.”²⁷⁶

O conselheiro observa que o Iguatemi cobra um aluguel 35,3% superior em relação ao Higienópolis e 55% superior em relação aos demais concorrentes.²⁷⁷ Mesmo cobrando o aluguel acima dos demais concorrentes “[...] a participação de mercado do Iguatemi situa-se entre 29 e 31% [...]”.²⁷⁸ De acordo com o conselheiro

[...] é incontestável que a imagem consolidada pelo Iguatemi como shopping center de alto padrão lhe confere uma situação bastante peculiar diante do consumidor e dos lojistas, que se submetem ao elevado valor cobrado pelos aluguéis, visando preservar ou mesmo agregar valor às suas marcas, bem como aferir um proporcional retorno em razão da contratação.

O conselheiro ainda observa que

[...] a partir dos dados relativos ao faturamento por área bruta locável e aluguéis cobrados por metro quadrado, a indicação é de que os shoppings Higienópolis e Morumbi estão mais próximos ao Iguatemi no que diz respeito ao espaço de diferenciação vertical. Por outro lado, impossível não asseverar que, na diferenciação horizontal, isto é, no que diz respeito à localização geográfica, o concorrente que mais poderia oferecer uma efetiva rivalidade ao Iguatemi seria o Eldorado, restringido pela cláusula de raio. Ocorre, todavia, que o Eldorado apresenta indícios de não ser um concorrente efetivo do Iguatemi, uma vez que somente 19% do seu público é formado pela classe A, contra 70% do público do Iguatemi. Outro indicativo da não concorrência efetiva entre Eldorado e Iguatemi é fornecido pelo Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento de Mercado – IPDM, que constatou que apenas 8,3% dos clientes do Iguatemi, num raio de 2km, são captados pelo Eldorado. Portanto, em face da posição peculiar ocupada pelo Iguatemi, há indícios de que um aumento significativo e não transitório em seus preços levaria a um aumento de receita, sem perda significativa de seus clientes (consumidores e, consequentemente, lojistas) na região delimitada como mercado relevante.²⁷⁹

Em seguida o conselheiro afirma:

²⁷⁵ Ibid., p.12.

²⁷⁶ Ibid., p.16.

²⁷⁷ Ibid., p. 17.

²⁷⁸ Id.

²⁷⁹ Ibid., p. 18/19.

[...] considerando-se as principais variáveis de diferenciação de *shopping centers*, o Iguatemi ocupa uma situação singular quanto à diferenciação vertical, uma vez que o shopping mais próximo está tolhido pela cláusula de raio. Fora dessa área, os demais shoppings, apesar de estarem distantes no espaço de diferenciação horizontal, poderiam promover essa competição ao tentar se diferenciar verticalmente. Poderiam, caso as condições de concorrência não sofressem nenhuma restrição, particularmente referente às cláusulas de exclusividade.²⁸⁰

O conselheiro reconhece no voto que o Iguatemi goza da “[...] vantagem conhecida na literatura econômica como ‘*first-mover advantage*’, que lhe confere uma posição de preferência dentre as lojas voltadas para o público da classe A [...]”.²⁸¹

Por conseguinte, pelas razões expostas, o conselheiro conclui que o Iguatemi goza de poder de mercado.

No que tange às barreiras a entrada, o conselheiro considerou que as cláusulas de restrição territorial, forma como ele classificou a cláusula de raio, “[...] podem ser consideradas como barreiras estratégicas ao mercado de segmento de alto padrão, na medida em que limitam a formação do *tenant mix* verticalmente diferenciado”.²⁸² O conselheiro observa que a posição da SDE no parecer, que concluiu pela licitude da cláusula de raio pelo fato de só abranger o *shopping* Eldorado, não considerou a realidade fática que envolve a questão, o que não pode ocorrer, já que a análise da cláusula de raio deve se dá pela regra da razão.²⁸³ Ele observa que “a restrição à liberdade de concorrência dentro do espaço horizontal atingido pelo raio poderia ser mitigada pela competição fora do raio, caso essa última não fosse alvo das cláusulas de exclusividade”.²⁸⁴ Ademais, a representada não demonstrou qualquer eficiência alcançada com a utilização da cláusula que a legitimasse.²⁸⁵ Além disso, o conselheiro considera que na análise de possível desvio de clientela para lojas de rua, deve-se ter como parâmetro a distância que os clientes do *shopping center* estariam dispostos a percorrer a pé.²⁸⁶

O conselheiro aponta que o *free rider* não se aplica para os *shopping centers*,

²⁸⁰ Ibid., p. 19.

²⁸¹ Id.

²⁸² Ibid., p. 21.

²⁸³ Ibid., p. 22.

²⁸⁴ Ibid., p. 23.

²⁸⁵ Ibid., p. 24.

²⁸⁶ Ibid., p. 26.

[...] uma vez que um determinado shopping concorrente deve oferecer facilidades semelhantes às oferecidas ao Shopping Iguatemi se desejar disputar mercado com este último. Os eventuais desvios de consumidores decorreriam naturalmente das regras do mercado, não podendo os shoppings ser apontados como beneficiários das externalidades positivas geradas pelo Iguatemi.²⁸⁷

Ademais, o conselheiro afirma que

nem sempre se pode conceituar, necessariamente, como conduta oportunista a prática de observar o que os demais concorrentes estão fazendo, para avaliar e adotar em seu próprio benefício. Com efeito, a competição por qualidade e diferenciação de produtos/serviços, consiste na observação das melhores práticas adotadas pelos concorrentes no mercado, buscando a melhoria de desempenho.²⁸⁸

Para o conselheiro “tentar coibir esse processo com cláusulas de raio é substituir a competição pela restrição aos concorrentes, dando às cláusulas restritivas o papel que caberia à eficiência e eficácia das ações comerciais”.²⁸⁹

A concorrência entre shoppings se dá por serviços, investimentos em propaganda, na composição de um ambiente de compras agradável e de um *tenant mix* atraente, ou seja, na capacidade de diferenciação vertical. Atuando em um ambiente de livre concorrência, os shoppings devem buscar constantemente a diferenciação como forma de manter uma formatação mais atrativa que a dos concorrentes.²⁹⁰

De acordo com o conselheiro afirmar que a cláusula de raio é

[...] competitiva, como quer a representada, significa dizer, grosso modo, que seu custo social, materializado na menor concorrência entre lojistas, é inferior ao seu benefício social, no caso materializado na proteção ao investimento realizado pelo shopping, que lhe garante um determinado nível de diferenciação vertical.²⁹¹

Contudo, a cláusula de raio não se justifica “[...] no caso de aplicação contra shoppings concorrentes, uma vez que estes não podem assumir conduta do tipo *free rider*”.²⁹²

O conselheiro considera que “[...] a restrição do raio deve alcançar uma abrangência cujo custo de deslocamento seja razoável [...] e essa restrição deve se limitar à marca instalada

²⁸⁷ Id.

²⁸⁸ Ibid., p. 27.

²⁸⁹ Ibid., p. 27/28.

²⁹⁰ Ibid., p. 29.

²⁹¹ Ibid., p. 30.

²⁹² Id.

no shopping, não ao ramo de negócio em geral, como se depreende da leitura de alguns contratos acostados aos autos”.²⁹³

De acordo com o conselheiro “[...] para o caso de proteger investimentos, a cláusula de raio deve ser limitada ao tempo e abrangência necessários para garantir o seu retorno”.²⁹⁴

Portanto, o conselheiro rejeitou a proposta de TCC e reconheceu a prática da conduta prevista nos incisos IV e V do art. 21 c/c art. 20 e inciso I, ambos da Lei 8.884/94 [Art. 36, I e §3º, III e IV da Lei nº 12.529/2011].

3.1.5 Voto do vogal – conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado

O conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado observa que

se o Shopping Center em análise tiver poder de mercado, em princípio, restrições verticais são infrações à ordem econômica. É ônus da empresa que a pratica provar à autoridade antitruste que esta **se justifica por razões de interesse público**. Ou seja, que na sua ausência não seriam produzidas as eficiências produzidas pelo Shopping Center, ou seriam reduzidos expressivamente os incentivos a investimentos nesses negócios, com a perda ao bem-estar dos consumidores.²⁹⁵

Além disso, “[...] não pode ser alegado que os locatários ao dividirem seu faturamento com o Shopping Center concorrente perderiam competitividade no empreendimento original, pois não seria racional abrir uma nova loja, a menos que tal investimento fosse rentável [...]”.²⁹⁶ Ademais

[...] o argumento do desvio de venda é insustentável, pois esse haveria em qualquer caso, uma vez que é produzido pelo efeito esperado da concorrência, a menos que o outro Shopping Center fosse inviabilizado. Mas, também haveria de haver novos negócios, pois não parece razoável supor que um investimento elevado, como o de um Shopping Center fosse feito apenas para desviar negócios de um pré-existente.²⁹⁷

²⁹³ Id.

²⁹⁴ Ibid., p. 31.

²⁹⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000296831709.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014, p. 2.

²⁹⁶ Id.

²⁹⁷ Id.

Outrossim,

[...] ao impedir que uma rede de loja possa atender ao cliente em outras localizações, isto provocaria uma perda de eficiência para essa empresa, pela sua incapacidade de impor aos seus concorrentes uma competição efetiva onde esses se apresentarem. Por outro lado, submete o locatário ao poder de pressão do monopólio exercido pelo locador no Shopping Center, reduzindo o poder de barganha do locatário ao negociar o aluguel.²⁹⁸

O conselheiro considera que em razão do *shopping* Iguatemi estar localizado em uma região de alta densidade demográfica e de alto poder aquisitivo

[...] não há que se falar de comportamento *free rider* de lojas localizadas em sua proximidade. Falar, por exemplo, que uma loja que pretendesse abrir uma filial em uma área nobre da cidade de São Paulo, como a região em torno da rua Oscar Freire (ou mesmo as áreas próximas da Faria Lima) estaria beneficiando-se da infraestrutura produzida pelos investimentos do Iguatemi não pode ser considerado um argumento sério, em qualquer análise informado de economia industrial e/ou direito antitruste. Na região, os únicos efeitos palpáveis produzidos pelos investimentos do Iguatemi seriam as facilidades advindas de estacionamento, climatização e segurança. Mas, nesse caso, eles não seriam aproveitados pelos clientes que pretendessem deslocar-se por distâncias de até dois quilômetros, para o caso de lojas de rua. Por outro lado, para o caso de outros Shopping Centers, tais facilidades são também por eles ofertadas, não sendo aceitável que esses beneficiem-se, em um comportamento oportunista por investimentos feitos pela representada.²⁹⁹

O conselheiro considera que, na hipótese de a cláusula de raio ser admitida em razão do investimento realizado pelo empreendedor, ela deveria ser limitada no tempo, “[...] já que qualquer investimento é amortizado depois de um período [...] [Assim, ela] não deve ter duração superior a cinco anos, que é a mesma que a jurisprudência do CADE aceita como razoável para a cláusula de não-concorrência em caso de Atos de Concentração.”³⁰⁰

3.1.6 Decisão

Os conselheiros decidiram, por maioria, que a conduta consiste em infração à ordem econômica, com fulcro nos incisos IV e V do art. 21 c/c art. 20 e inciso I, ambos da Lei

²⁹⁸ Id.

²⁹⁹ Ibid., p.3.

³⁰⁰ Id.

8.884/94 [Art. 36, I e §3º, III e IV da Lei nº 12.529/2011]³⁰¹.

3.1.7 Embargos de declaração - Parecer do Ministério Público Federal (MPF)

O MPF entendeu que deve ser sanada a omissão do acórdão quanto à rejeição do TCC.³⁰² Quanto à omissão sobre o poder de mercado do *shopping* Iguatemi, o MPF entende que não se trata de matéria própria de embargos de declaração. Desse modo, deve ser mantida a convicção do Conselho. Outra questão levantada nos embargos de declaração foi a da omissão sobre não existência de eficiências. A representada argumenta que não há provas nos autos que levem à conclusão sobre a relação ou não entre o *shopping* Iguatemi e o desenvolvimento da região. Contudo, o MPF entendeu que essa questão também se refere à convicção do Conselho, logo não pode ser arguida em embargos de declaração.³⁰³

Quanto ao fato de a decisão do CADE abranger só os *shopping centers* ou também o comércio de rua, o MPF entendeu que esse ponto deveria ser esclarecido, tendo em vista que o mercado relevante considerado foi o de *shopping centers* e a decisão não trouxe qualquer ressalva nesse sentido.³⁰⁴

Outro ponto que, de acordo com o MPF, deveria ser esclarecido é a abrangência da expressão “medida punitiva”. Sobre este ponto dever-se-ia esclarecer se a expressão referida abrange também cláusula que a representada entende como meramente compensatória, referente ao valor do aluguel, ou somente à rescisão contratual.³⁰⁵

3.1.8 Embargos de declaração - Parecer da Procuradoria do CADE (ProCADE)

³⁰¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Acórdão. Julgado em: 04 set. 2007. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000296801694.pdf> Acesso em: 23 mar. 2014.

³⁰² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Parecer Ministério Público Federal nos Embargos de Declaração. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000333561167.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014, p. 3.

³⁰³ Ibid., p. 4.

³⁰⁴ Ibid., p. 5.

³⁰⁵ Ibid., p. 6.

No que tange à omissão quanto à rejeição do TCC esclarece a procuradoria que a questão foi tratada como prejudicial, pois se fosse acolhida a proposta não seria analisado o mérito da questão. Logo, não prospera a alegada omissão.³⁰⁶

Quanto à verificação do poder de mercado o embargante alega que o CADE não se valeu de qualquer prova. Contudo, de acordo com a procuradoria, o embargante reconhece que o CADE se utilizou de dados para a conclusão acerca do poder de mercado do embargante. Portanto, o embargante discorda da valoração desses dados pelo CADE³⁰⁷ e não da omissão acerca da verificação de poder de mercado.

Outrossim, o embargante sequer contestou o seu poder de mercado.³⁰⁸

No que tange ao fato de não ter sido demonstrado que não há relação entre o *shopping* Iguatemi e o desenvolvimento das áreas adjacentes, a procuradoria observa que caberia ao embargante demonstrar essa relação, como afirmou o conselheiro Luiz Prado no seu voto.³⁰⁹

Quanto ao ponto da abrangência da restrição da cláusula de raio, a procuradoria do CADE entende que, apesar de estar claro pela leitura do voto e da parte dispositiva que a restrição atinge o comércio de rua e os demais *shopping centers*, dado o caráter punitivo e educativo das decisões do CADE, essa questão deveria ficar melhor explicitada na parte dispositiva da decisão.³¹⁰

No que tange à abrangência da expressão “medida punitiva”, para que não haja dúvidas se ela abrange ou não também medidas compensatórias, a procuradoria sugere modificá-la para “medida restritiva de direito”.³¹¹

Sendo assim, a procuradoria opinou pelo acolhimento e parcial provimento dos embargos.³¹² O parecer da procuradoria foi acolhido pelo procurador-geral.

³⁰⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Parecer nº 666/2007 da Procuradoria Federal nos Embargos de Declaração. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000317231601.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014, p. 3.

³⁰⁷ Ibid., p. 3/4.

³⁰⁸ Ibid., p. 5.

³⁰⁹ Ibid., p. 6/7.

³¹⁰ Ibid., p. 9.

³¹¹ Ibid., p. 11.

³¹² Id.

3.1.9 Embargos de declaração – Voto do conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos

No que tange à omissão quanto a rejeição do TCC o conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos observa que ela foi tratada no voto, logo “[...] não se faz necessário constar no acórdão [...]”.³¹³ Quanto à omissão em relação ao poder de mercado, o conselheiro entendeu que a alegação da embargante tinha o objetivo de re-análise do mérito, porque a questão foi perquirida no voto.³¹⁴

No ponto em que a embargante alega que não há fundamento para a afirmação do Conselheiro Luiz Carlos Prado quanto ao desenvolvimento do entorno do *shopping* Iguatemi estar ou não relacionado com a existência do *shopping center*, o Conselheiro afirma que “[...] o voto condutor não se obriga a conter em seu corpo todos os fundamentos das declarações dos membros do Plenário na ocasião do livre debate em torno da conduta objeto do julgamento.”³¹⁵

Quanto ao fato de não estar elucidado se a restrição da cláusula de raio alcança o comércio de rua o conselheiro entende que esse ponto está claro pela leitura do voto.³¹⁶ Ademais, o conselheiro observa que na decisão “[...] não há ressalvas quanto aos destinatários das cláusulas restritivas [...]”.³¹⁷

No que tange à abrangência da expressão “medida punitiva” o conselheiro esclarece: “[...] se as cláusulas de raio estão amplamente proibidas, seja contra os demais shoppings, seja contra o comércio de rua circunvizinho, não se pode pretender aplicar qualquer medida restritiva de direitos contra aqueles que ‘violam’ essas cláusulas, sejam elas ‘compensatórias’, sejam elas ‘penais’.”³¹⁸

Por conseguinte, o conselheiro conheceu do recurso e o negou seguimento.

³¹³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Voto do Relator Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos nos Embargos de Declaração. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000346111822.pdf>. Acesso em: 23 de mar. 2014., p. 6.

³¹⁴ Ibid., p. 7.

³¹⁵ Id.

³¹⁶ Ibid., p. 8/9.

³¹⁷ Ibid., p. 9.

³¹⁸ Ibid., p. 11.

3.1.10 Embargos de declaração – Voto do vogal Fernando Magalhães Furlan

O conselheiro entendeu que a restrição deveria abranger somente o mercado relevante, portanto não incluiria o comércio de rua.³¹⁹

3.1.11 Embargos de declaração - decisão

Os embargos foram acolhidos e rejeitados por maioria, vencido o conselheiro Fernando Magalhães Furlan.³²⁰

3.1.12 Comentários ao caso Associação de Lojistas de Shopping do Estado de São Paulo x shopping Iguatemi São Paulo

A decisão do CADE em referência, ao excluir do mercado relevante as lojas de rua, retira qualquer dúvida acerca da insubstituibilidade dos *shopping centers* pelo comércio de rua. No entanto, a restrição na decisão acabou por abranger também o comércio de rua. Por isso, melhor razão assiste ao conselheiro Fernando Magalhães Furlan, que proferiu o voto vogal nos embargos de declaração e reconheceu que a restrição abrangeria somente os demais *shopping centers*. Todavia, o conselheiro ficou vencido.

Esse caso concreto é bem peculiar. Deve-se observar que o ponto fundamental para a cláusula de raio estabelecida pelo *shopping* Iguatemi ter sido considerada ilícita foi o fato de esse *shopping center* também fixar a “cláusula de exclusividade” (ver item 3.2), fato que levou o CADE a ver o comércio de rua como alternativa à concorrência do *shopping* Iguatemi.

³¹⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Voto-Vogal do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan nos Embargos de Declaração. Disponível em : < http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000346121329.pdf >. Acesso em 23 de mar. 2014, p. 1.

³²⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Acórdão nos embargos de declaração. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000346081041.pdf> Acesso em: 23 mar. 2014.

As cláusulas não se confundem. Logo, a cláusula de raio deveria ter sido analisada isoladamente para que fosse verificado se, na hipótese de exclusão da cláusula de exclusividade, ela deixaria de ser considerada ilícita. A análise em conjunto somente poderia ter sido realizada para a imposição de multa pela conduta já praticada. Caso fosse verificado que a cláusula de raio isoladamente pudesse ser considerada válida, no entanto se as duas cláusulas continuassem sendo adotadas concomitantemente, caberia a aplicação de nova penalidade e, dessa vez, de forma mais gravosa diante da reincidência.

No entanto, no caso concreto a cláusula de raio, ainda que analisada isoladamente não poderia ter sido considerada válida. O raio da cláusula é excessivamente abrangente. A distância fixada equivale a aproximadamente 40 (quarenta) minutos de caminhada. Portanto, a restrição vai além do necessário para impedir o desvio de clientela. Ademais, a cláusula só seria permitida no âmbito do direito da concorrência para viabilizar a consolidação do empreendimento, porque, com esse escopo, as externalidades positivas seriam maiores em comparação com as negativas (ver item 2.7). Contudo, a cláusula em questão não foi limitada no tempo e o *shopping* Iguatemi é um empreendimento já consolidado.

Um ponto relevante suscitado nesse processo, que deve ser perquirido na análise da cláusula de raio, é o fato de ela trazer eficiência ao *shopping* Iguatemi, o que não foi demonstrado.

Outrossim, ao contrário do alegado pelo *shopping* Iguatemi a cláusula de raio não impede que outro empreendedor atue como um *free rider*, porque não há que se falar em *free rider* pelo empreendedor nesse caso, tendo em vista que para ele se tornar um efetivo concorrente de outro *shopping center* ele deve oferecer uma estrutura semelhante. Além disso, não há que se falar em *free rider* pelo lojista que se fixa no comércio de rua nas áreas adjacentes do empreendimento, tendo em vista que o *shopping center*, por si só, é um produto insubstituível pelo comércio de rua.

3.2 Caso *shopping* Jardim Sul x *shopping* Iguatemi São Paulo

O processo administrativo em análise foi movido por “Participações Morro Vermelho Ltda.” em face de “Condomínio Shopping Center Iguatemi” e “Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.” (Iguatemi) para apuração de infração contra a ordem econômica, em razão de imposição pelo *shopping* Iguatemi de cláusula de exclusividade nos contratos celebrados com

os lojistas, que os impedem de se instalar em *shopping centers* específicos da cidade de São Paulo.

Observa-se que a cláusula do processo em questão não delimita um raio. Ela especifica com quais *shopping centers* os lojistas não poderão contratar e abrange, dentre outros mais próximos, o *shopping* Jardim Sul que fica a 7.800m do Iguatemi.³²¹ O *shopping* Iguatemi não se opôs à conduta. Ao contrário, a justificou.³²²

Apesar de a cláusula do processo em análise não delimitar um raio, ela também trata de uma cláusula de não-concorrência (ver item 2.1). Outrossim, os argumentos trazidos à baila em muito se assemelham aos utilizados em processos administrativos específicos sobre a cláusula de raio. Por isso, é pertinente o estudo desta decisão neste trabalho.

Para verificar se há infração à ordem econômica em razão da previsão da cláusula em análise pelo Iguatemi, deve-se analisar, a princípio, o mercado relevante do Iguatemi.³²³

3.2.1 Parecer da Secretaria de Direito Econômico (SDE)

A Secretaria de Direito Econômico concluiu “[...] pela existência de infração à ordem econômica na prática das representadas de celebrar contratos de locação contendo cláusulas que proíbem seu locatário de se instalar em outros shopping centers, nomeados expressamente nos referidos contratos”.³²⁴

A Secretaria de Direito Econômico considerou o mercado relevante na dimensão produto, ao contrário dos representados, que incluíram tanto os *shopping centers* quanto as lojas de rua, somente os *shopping centers*, em razão das “[...] facilidades que o estabelecimento shopping center proporciona ao consumidor, como maior segurança, conforto, agilidade e economia de tempo, pelo fato de centralizar compras e serviços num só

³²¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82. Voto do Conselheiro Relator Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D00000005131305.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2014, p. 6.

³²² Id.

³²³ Id.

³²⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82. Parecer Secretaria de Direito Econômico. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000054111130.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2014, p. 15.

espaço”.³²⁵

Como o Iguatemi é um *shopping center* voltado para atender as demandas das classes A e B, considerou-se o mercado relevante material “[...] o de ‘espaços para locação comercial em shopping centers de alto padrão’ [...]”.³²⁶

O parecer considera que o Iguatemi detém poder de mercado.

A imagem consolidada de shopping center de alto padrão detida pelo Iguatemi agrega, por um lado, valor às lojas que lá se instalam, fazendo com que essas possam aceitar celebrar um contrato com cláusulas restritivas para, em troca, conseguir manter um ponto no shopping com maior faturamento por metro quadrado da cidade ou, ainda, associar sua imagem ao shopping. Por outro lado, faz com que o investimento de um lojista seja bem menos arriscado quando comparado à instalação em shoppings recém-inaugurados ou que ainda estão construindo a sua imagem nesse mercado.³²⁷

Ademais, como afirma o parecer, “[...] o faturamento por área bruta locável do [...] [Iguatemi] é bastante superior ao verificado em todos os demais shoppings da cidade de São Paulo”.³²⁸ Outrossim o *shopping* Jardim Sul, o Morumbi, o Eldorado e o Higienópolis, como disposto no parecer, alegam e comprovam que deixaram de celebrar contrato de locação com lojistas em função da cláusula em análise.³²⁹

Deve-se observar que a cláusula de exclusividade inserida no contrato de locação pelo Iguatemi tem “[...] natureza bastante abrangente, vez que proíbe o lojista de instalar mesmo uma loja que não guarde qualquer relação com a presente no Iguatemi e que se destine a um público completamente distinto nos shoppings especificados”.³³⁰ A proibição alcança inclusive os sócios da sociedade empresária.³³¹

Como se extrai do parecer

O poder de mercado do Iguatemi sobre os lojistas interessados em espaços para locação comercial em shopping centers de alto padrão diminui as opções disponíveis de lojas de griffe nesse mercado, deixando os shoppings atingidos pela cláusula sem

³²⁵ Id.

³²⁶ Ibid., p. 19.

³²⁷ Ibid., p. 22.

³²⁸ Id.

³²⁹ Ibid., p. 23.

³³⁰ Ibid., p. 25.

³³¹ Id.

determinadas lojas valorizadas pelos consumidores de alto poder aquisitivo e com menor poder de negociação junto às lojas de alto padrão que não estão atreladas a contratos de exclusividade. Disso decorre um círculo vicioso, vez que as lojas de griffe e/ou de renome internacional, que pretendam entrar no mercado relevante geográfico deste processo, tenderão a se instalar exatamente nos shoppings que já possuem um *mix* exclusivo de lojas. Isso torna ainda mais difícil a construção, pelos shoppings que ainda não possuem uma imagem consolidada nesse mercado, de um *mix* de lojas valorizadas pelo público de alto poder aquisitivo. Isso termina por se refletir na rentabilidade dos novos shoppings, que se veem forçados a reduzir os preços dos seus aluguéis como forma de captar clientes, prejudicando a rentabilidade do investimento e desestimulando a entrada de novos agentes no mercado de shopping de alto padrão.³³²

Por conseguinte, a cláusula em questão, afirma o parecer:

[...] constitui-se em uma enorme barreira artificial à entrada, que impede o acesso de novas empresas ao mercado de shopping centers de alto padrão, prejudicando a livre concorrência nesse mercado e a livre iniciativa e, de forma mediata, o consumidor, ao reduzir suas opções. Vale observar que tais barreiras não proporcionam qualquer eficiência que as justifiquem.³³³

O parecer rechaça o argumento de que a cláusula de exclusividade seria necessária para compensar o *shopping center* dos esforços realizados para a conquista de novos clientes (lojistas). Ao contrário, “A esmagadora maioria das lojas que têm cláusula de exclusividade nos seus contratos pertence a marcas já consolidadas [...] e estariam dispostas a se instalar no ponto comercial mais valorizado de São Paulo sem que precisassem de qualquer incentivo especial para isso”.³³⁴ Ademais, ainda que se admitisse essa justificativa, a exclusividade não poderia ser eterna, já que “[...] [derivaria] da necessidade de compensar o [...] investimento na conquista do cliente [...]”.³³⁵

O objetivo da cláusula em análise é “[...] atingir shoppings com o perfil comercial do Iguatemi ou que tenham potencial para atender a sua clientela. [...] **Assim [...] o Iguatemi quer ser “único” no mercado de shoppings de alto padrão, lançando mão, para isso, de barreira artificial à entrada**”.³³⁶

Deve-se considerar que a barreira à entrada não significa o impedimento de se inaugurar novos *shoppings centers*, mas de impedir que esses *shopping centers* possuam um

³³² Ibid., p. 29/30.

³³³ Ibid., p. 31.

³³⁴ Ibid., p. 32.

³³⁵ Ibid., p. 33.

³³⁶ Ibid., p. 36.

tenant mix tão diferenciado quanto o do Iguatemi. Como a cláusula de exclusividade impede que o novo *shopping center* celebre contrato de locação com várias lojas de alto padrão, “[...] esses ficam com menos lojas sofisticadas e, por consequência, atraem menos lojas voltadas ao público de alto poder aquisitivo para seu estabelecimento”.³³⁷ Ao impor a cláusula de exclusividade o Iguatemi interfere no *mix* dos possíveis “[...] concorrentes, como forma de manutenção de seu poder de mercado [...]”.³³⁸

Outro ponto considerado pelo parecer foi o fato de a cláusula de exclusividade ferir o direito à livre iniciativa, assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil.³³⁹

Em consonância com a argumentação traçada no parecer, a Secretaria de Direito Econômico concluiu “[...] pela existência de infração à ordem econômica na prática das representadas de celebrar contratos de locação contendo cláusulas que proíbem seu locatário de se instalar em outros shopping centers, nomeados expressamente nos referidos contratos”.³⁴⁰

3.2.2 Voto do conselheiro-relator Roberto Pfeiffer

Para definir se a conduta do Iguatemi constitui ou não infração à ordem econômica, deve-se analisar o seu poder econômico, para tanto é necessário definir o mercado relevante.

O conselheiro-relator Roberto Pfeiffer esclarece que “Para se definir um mercado relevante [...] faz-se imprescindível avaliar o grau de substituíbilidade, do ponto de vista do consumidor, entre os produtos e/ou serviços comercializados pelos agentes econômicos que possivelmente venham a integrar o segmento econômico investigado”.³⁴¹ Como abordado no item 1.3 o Conselheiro observa, ao perquirir sobre o mercado relevante do Iguatemi, que o *shopping center* consiste em uma estrutura organizacional diferenciada, que por si só atrai clientes para o *shopping center*. Dessa forma, o consumidor que frequenta o *shopping* para

³³⁷ Ibid., p. 45.

³³⁸ Ibid., p. 48.

³³⁹ Ibid., p. 49.

³⁴⁰ Ibid., p. 6.

³⁴¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82. Voto do Relator Conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, op. cit., p. 11.

comprar em uma loja específica, é cliente também do *shopping*,

[...] não só porque este auferir lucros a partir do aluguel cobrado com base no faturamento variável das lojas, mas também porque o shopping vende a comodidade para as compras, que estão expressos no menor custo de transporte, na facilidade de estacionamento, na variedade apresentada pelo seu *tenant mix*, entre outros fatores.³⁴²

Após, o Conselheiro analisa as demais características do *shopping center* que o diferenciam de um simples negócio imobiliário, como realizado no tópico 1.1.

Em razão das diferenças observadas entre uma locação em *shopping centers* e em lojas de rua, o Conselheiro afirma que não há “[...] grau de substituíbilidade suficiente a colocar os dois agentes econômicos em um mesmo mercado relevante”.³⁴³ Posteriormente, o Conselheiro observa que a cláusula de exclusividade em questão se refere a outros *shopping centers*. Logo, de qualquer maneira, mesmo sem levar em consideração que as lojas de rua e os *shopping centers* constituem mercados relevantes distintos, o mercado relevante na dimensão produto a ser considerado no caso concreto teria que ser apenas o de *shopping centers*.³⁴⁴

Além disso, o Conselheiro observou que “[...] dentro do mercado de shopping centers existem segmentos de mercado específicos, de acordo com o público-alvo que cada tipo de shopping deseja atingir”.³⁴⁵

No caso do *shopping* Iguatemi, em razão de deter “[...] o maior número de lojas de renome internacional”³⁴⁶, além do perfil do público que frequenta o empreendimento, o conselheiro considerou o mercado relevante como o de *shopping centers* regionais de alto padrão.³⁴⁷

Na dimensão geográfica, o mercado relevante deve ser “[...] a área onde operam os

³⁴² Ibid., p 17.

³⁴³ Ibid., p 25.

³⁴⁴ Ibid., p 27.

³⁴⁵ Ibid., p 26.

³⁴⁶ Ibid., p 33.

³⁴⁷ “O shopping center regional é a personificação do shopping center como produto imobiliário. Seu porte e poder de atração drenam para si uma alta lucratividade, ao passo que sua popularidade faz dele, a princípio, um modelo duradouro de obtenção de lucros. A variedade de mercadorias oferecidas é grande, e a maior parcela de sua atratividade se deve às grandes lojas de departamentos. A área bruta locável (ABL) de um shopping center regional está entre 20 mil e 40 mil m² e serve a uma população de cerca de 150 mil pessoas, tendo um raio de alcance de 25 a 30 minutos de carro”. GARREFA, op. cit., p. 85.

efeitos da prática que está sendo considerada como restritiva. Na hipótese, os efeitos incidem sobre os shopping centers concorrentes do Iguatemi nominados nos seus contratos de locação [...]”.³⁴⁸

A participação no mercado do Iguatemi (dados do ano de 2000), se comparada com a participação dos demais *shopping centers* que fazem concorrência com ele, devidamente reconhecidos pelo próprio Iguatemi como seus concorrentes, com exceção do Shopping Morumbi, é ligeiramente maior.³⁴⁹ Além disso, o valor de locação no Iguatemi na época do julgamento do processo era o mais elevado, “[...] cerca de 50% superior ao do segundo colocado [...]”, que na época era o *shopping* Morumbi³⁵⁰, fato que para o Conselheiro demonstrava a capacidade do Iguatemi “[...] de agir de maneira *indiferente e independente* em relação aos outros agentes”.³⁵¹ Ademais, o percentual de mercado do Iguatemi supera os 20% do previsto na legislação antitruste.³⁵²

Constatado o poder de mercado do *shopping* Iguatemi, o conselheiro passa a analisar as barreiras à entrada no mercado de *shopping centers*.³⁵³

O conselheiro observa que

[...] uma das primeiras variáveis que pode ser identificada como uma barreira à entrada no mercado de shopping centers é a escassez de espaços para locação em São Paulo. [...] Ademais, a barreira à entrada não se dá somente para a inauguração de um novo shopping center, mas também para que ele consiga firmar-se dentro do segmento de alto padrão.³⁵⁴

Um aspecto que deve ser considerado, nos termos do voto do conselheiro, ao se analisar as barreiras à entrada naturais no segmento de alto padrão, é o fato de o Iguatemi ter sido o primeiro *shopping center* do país a atuar nesse segmento. Logo, “Em função de sua imagem e reputação [ele] consegue atrair mais lojas de grife, que preferem se estabelecer em espaços mais consolidados. Isso aumenta os custos de outros shoppings para atrair tais

³⁴⁸ Ibid., p 34.

³⁴⁹ Ibid., p 36.

³⁵⁰ Ibid., p 38.

³⁵¹ Ibid., p 39.

³⁵² Ibid., p 36.

³⁵³ Ibid., p. 40.

³⁵⁴ Ibid., p 42/43.

lojistas, o que dificulta sua entrada nesse segmento mais diferenciado”.³⁵⁵

No entanto, “[...] o não acesso às lojas pode ser tratado como uma barreira artificial à entrada de outros shoppings no nicho em que atua o Iguatemi”.³⁵⁶ Explica-se: se os demais *shopping centers* ficam impedidos de contratar com os lojistas do Iguatemi em razão da cláusula de não-concorrência, eles ficam impedidos de se diferenciar de forma a alcançar um *tenant mix* semelhante ao do Iguatemi para de fato se tornarem concorrentes dele.³⁵⁷

Sendo assim, a cláusula de não concorrência imposta pelo Iguatemi tem como efeito assegurar a manutenção de um bom aluguel percentual, uma vez que impede que o lojista abra uma filial em outros estabelecimentos e estabeleça a concorrência com a loja localizada em outro *shopping center*. Ademais, uma vez que a loja esteja localizada em dois *shopping centers* ela deixa de ser o motivo de atração de clientela pelo *shopping center*: se a loja está localizada em dois *shopping centers* distintos, o consumidor escolhe entre um e outro, em razão de outros aspectos, como a comodidade e serviços oferecidos pelo *shopping center*.³⁵⁸

Portanto a cláusula

[...] evita a concorrência de outros shoppings, tornando-se diferenciado em relação a eles, criando um nicho em que se torna monopolista. [...] O problema [...] que pode advir dessa prática é conhecido como fechamento de mercado (*market foreclosure*), consistindo no estrangulamento do acesso de concorrentes aos fornecedores (*upstream foreclosure*), aos serviços de apoio (*lateral foreclosure*) ou aos clientes (*downstream foreclosure*). No caso em pauta, o fechamento ocorreria no acesso de shoppings especificados – concorrentes do Shopping Iguatemi – às oportunidades de diferenciação vertical, que são definidas pela possibilidade de constituição de um conjunto de lojas de configuração superior.³⁵⁹

O Conselheiro considera que apesar de haver grifes que não estão localizadas no *shopping* Iguatemi e apenas 51% dos contratos com lojistas do Iguatemi conterem a cláusula de não concorrência³⁶⁰, deve-se se ater ao fato que “[...] a limitação artificial da escolha de quais lojas determinado shopping irá atrair para compor seu *mix* é uma espécie de ingerência sobre as decisões estratégicas dos concorrentes, uma vez que tal limitação está direcionada a

³⁵⁵ Ibid., p 44.

³⁵⁶ Ibid., p 46.

³⁵⁷ Id.

³⁵⁸ Ibid., p. 50.

³⁵⁹ Id.

³⁶⁰ Ibid., p 56.

uma variável que afeta o padrão de concorrência no mercado”.³⁶¹ Desse modo, “[...] a **potencialidade de fechamento de mercado existe**, principalmente em função de que a existência de tal cláusula implica no fato de que os concorrentes não serão capazes de diferenciar seu produto tanto quanto o Shopping Iguatemi é diferenciado”.³⁶²

Outro ponto que deve ser levado em consideração é que as lojas não se submetem à cláusula de não-concorrência de modo voluntário, “[...] elas o fazem em consequências de necessidades estratégicas (ou seja, pelos mais variados motivos para elas é essencial ou muito lucrativo estar no Iguatemi) das quais o Shopping Center Iguatemi sabe muito bem aproveitar-se”.³⁶³

Outro ponto importante do voto do conselheiro foi o fato de ele rechaçar o argumento das representadas de que a cláusula de não-concorrência visa impedir “[...] a ação oportunista dos rivais, que estariam interessados em imitar o *tenant mix* das Representadas [...]”.³⁶⁴ Esse argumento para o conselheiro

[...] não é justificável, na medida em que a imitação ocorre com uma certa defasagem, de forma que quando imitado pode até ter se tornado obsoleto. Além disso, é praticamente impossível para um outro shopping center copiar exatamente o *tenant mix* do Iguatemi, principalmente em função das diferentes dimensões dos diversos shoppings. Ou seja, é muito improvável que um shopping center tenha exatamente o mesmo número e tipo de lojas que outro.³⁶⁵

O Conselheiro argumenta que a cláusula em questão não poderia ser classificada como uma cláusula de não-concorrência. Para essa afirmação, ele adota a justificativa de que apesar de “[...] estarem presentes alguns interesses comuns entre lojistas e a administradora do Shopping Center [...]”³⁶⁶ a relação entre eles não pode ser equiparada “[...] a uma sociedade ou a uma espécie de *joint venture*”.³⁶⁷

A cláusula em questão diverge da cláusula de raio, porque ela especifica em quais *shopping centers* os lojistas não poderão ingressar. No entanto, a finalidade da cláusula

³⁶¹ Ibid., p 58.

³⁶² Ibid., p 61.

³⁶³ Ibid., p 61/62.

³⁶⁴ Ibid., p. 67.

³⁶⁵ Ibid., p 67.

³⁶⁶ Ibid., p. 75.

³⁶⁷ Id.

analisada é a mesma da cláusula de raio, logo, pelos motivos expostos no item 2.1, ela deve ser considerada como uma cláusula de não-concorrência. No entanto, a classificação não altera a análise realizada até agora, tendo em vista que são relevantes para concluir acerca da legalidade ou ilegalidade da cláusula em questão os efeitos por ela gerados, o que foi feito até o momento.

O conselheiro conclui que a cláusula em análise pode produzir os efeitos do art. 20, I da Lei nº 8.884/94, que corresponde ao artigo 36, I, Lei nº 12.529/2011.³⁶⁸ De acordo com o conselheiro

[...] ao impor a cláusula de exclusividade, ela subverteu a lógica inerente à autonomia da vontade típica das economias de mercado, impedindo que os lojistas possam voluntariamente instalar-se em shopping centers que ela identificou como seus concorrentes. Com isto, além de prejudicar os lojistas, que veem a sua possibilidade de expansão limitada, ela também trouxe limitações e prejuízos aos shopping centers por ela identificados como concorrentes, uma vez que os impede de contratar uma série de lojistas para compor um *tenant mix* mais diversificado.³⁶⁹

Como consequência há o fechamento de mercado a novos concorrentes. Portanto o *shopping* Iguatemi, “[...] aproveitou-se de sua posição dominante para, com isso, limitar a esfera de atuação de seus concorrentes”.³⁷⁰ O conselheiro enquadra a conduta do Iguatemi nas condutas previstas no art. 21, incisos IV e V, da Lei nº 8.884/94, equivalentes às previstas no artigo 36, §3º, incisos III e IV, da Lei nº 12.529/2011.³⁷¹

3.2.3 Voto do conselheiro Fernando de Oliveira Marques

O conselheiro Fernando de Oliveira Marques, assim como o relator Roberto Pfeiffer, considerou o mercado relevante do produto como o mercado de *shopping center* de alto padrão.³⁷²

³⁶⁸ Ibid., p 81.

³⁶⁹ Ibid., p 82.

³⁷⁰ Ibid., p 84.

³⁷¹ Id.

³⁷² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82. Voto-vista do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000142301014.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2014, p. 4.

De acordo com o conselheiro “[...] no aspecto geográfico, o mercado relevante se [...] [até] às regiões consideradas de alto padrão”.³⁷³ Sendo assim, para o conselheiro “[...] restringe-se ao setor de *shopping center* de alto padrão nas regiões Zona Oeste, norte da Zona Sul e oeste da Zona Central do município de São Paulo”.³⁷⁴

O conselheiro entendeu que os lojistas (insumos) seriam substituíveis mesmo no segmento de alto padrão.³⁷⁵ Ademais, considerou que não há posição dominante pelo *shopping* Iguatemi, pois “[...] não havendo tangência aos ideários de dependência econômica e de insubstituibilidade dos insumos, não há que se falar em posição dominante [...]”.³⁷⁶ O conselheiro observa que houve o ingresso no mercado de novos *shopping centers* de alto padrão após a inserção da cláusula de exclusividade (não-concorrência) nos contratos. Por conseguinte, ela não consistiria em barreiras à entrada de novos concorrentes.³⁷⁷

Além disso, afirmou que a cláusula em questão “[...] intensifica a concorrência, vez que estimula a operação eficiente por parte dos administradores de *shoppings* na colheita de lojistas (produtos diversificados) à configuração de seu *mix* [...]”.³⁷⁸ O conselheiro também considera que a exclusividade é necessária para que os lojistas se empenhem em manter a reputação do *tenant mix*. Ademais, o lojista poderia se valer da boa imagem do *tenant mix* do Iguatemi para se estabilizar no mercado e depois migrar para outro *shopping center*.³⁷⁹

Sendo assim, o conselheiro se manifestou pelo arquivamento do processo administrativo.

3.2.4 Voto vista do conselheiro Cleveland Prates Teixeira

O Conselheiro Cleveland Teixeira observa que a adoção da cláusula de exclusividade em questão “[...] **não é uma característica do padrão de concorrência identificado nesse**

³⁷³ Ibid., p. 5.

³⁷⁴ Ibid., p. 6.

³⁷⁵ Ibid., p. 8.

³⁷⁶ Ibid., p. 10.

³⁷⁷ Id.

³⁷⁸ Id.

³⁷⁹ Id.

mercado [...]”.³⁸⁰ Ele também afirma: “[...] o **emprego contínuo e indiscriminado dessas cláusulas de exclusividade específicas adotadas pelo Iguatemi só tende a reforçar unilateralmente seu poder de mercado**, dificultando a atuação de concorrentes, potenciais ou já existentes”.³⁸¹ Ademais, considera que bastaria a previsão de cláusula de exclusividade em alguns contratos para que “[...] os shoppings concorrentes tivessem dificuldade de montar um *mix* competitivo em relação aquele mantido pelo Shopping Iguatemi”.³⁸²

O conselheiro afirma que basta um fechamento potencial ou parcial para considerar que a cláusula de exclusividade produz efeitos anticoncorrenciais.³⁸³

3.2.5 Voto oral do conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe

No voto o conselheiro considerou que a

[...] imposição de exclusividade [...] aumenta significativamente as barreiras à entrada, especialmente em se tratando de imposição de uma espécie de diferenciação vertical. Disso decorre que, no mercado apreciado, a conduta adotada pela Representada é bastante para acarretar efeitos nocivos às relações entre shopping/lojistas e entre shopping/consumidores e, por consequência, entre lojistas/consumidores. A imposição de exclusividade é um potencial meio lesivo à concorrência, tendo em vista a constatação da existência de posição dominante detida pelas Representadas, especificamente no que concerne ao grau de diferenciação do Shopping (Representada), à cobrança de valores elevados dos aluguéis, à imposição da cláusula de exclusividade e pela forte atração de lojistas e consumidores em potencial.³⁸⁴

Dessa maneira decidiu que a conduta da representada é capaz de gerar efeitos nocivos à ordem econômica.

³⁸⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82. Voto-vista do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000080111239.pdf> Acesso em: 11 abr. 2014, p. 8.

³⁸¹ Ibid., p. 11.

³⁸² Ibid., p. 12.

³⁸³ Ibid., p. 14.

³⁸⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82. Voto oral do Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D0000000598191908.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2014, p. 2.

3.2.6 Decisão

Por conseguinte, o tribunal do CADE decidiu por maioria pela caracterização de infração à ordem econômica “[...] segundo o art. 20, incisos I, II e IV c/c art. 21 incisos IV e V da Lei nº 8.884/94 [Art. 36, I, II e IV e §3º, III e IV da Lei nº 12.529/2011]”.³⁸⁵

3.2.7 Comentários ao caso shopping Jardim Sul x shopping Iguatemi São Paulo

No caso apresentado pelos *shopping centers* abrangidos pela “cláusula de exclusividade” foi possível delimitar o mercado relevante no aspecto geográfico e na dimensão produto com base nos próprios contratos celebrados entre o empreendedor e os lojistas. No aspecto geográfico, considerou-se a área compreendida por todos os *shopping centers* abrangidos pela cláusula de exclusividade. Na dimensão produto considerou-se somente os *shopping centers*, com exclusão, então, do comércio de rua. Dentre os *shopping centers* foram excluídos aqueles que não eram concorrentes potenciais do *shopping* Iguatemi, por serem voltados ao atendimento de um público diverso.

Após a verificação do mercado relevante, constatou-se que o *shopping* Iguatemi gozava de posição dominante, tendo em vista que ele podia agir de forma independente de seus concorrentes, inclusive com a fixação de aluguéis superiores. Constatada a posição dominante do Iguatemi em relação aos *shopping centers* abrangidos pela cláusula em análise, restou evidente que o objetivo era restringir a livre iniciativa dos lojistas para impedir que seus potenciais concorrentes não se tornassem um efetivo concorrente, ou seja, dificultar o acesso dos concorrentes ao mercado de alto padrão, que eles almejavam conquistar.

Portanto a cláusula de raio ao restringir a livre iniciativa do lojista, restringe, conseqüentemente, a livre iniciativa dos concorrentes. Logo, a conduta do *shopping* Iguatemi caracteriza-se como imposição de barreira artificial à entrada de novo concorrente. Dessa forma, acarreta prejuízos à livre concorrência.

Atualmente, o Iguatemi ainda goza de poder econômico, tendo em vista que ele cobra

³⁸⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82. Acórdão. Julgado em: 03 mar. 2004. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000061721598.pdf> Acesso em: 11 de abr. 2014.

o aluguel mais caro entre os *shopping centers* da cidade de São Paulo. Em 2012 o valor era de R\$800,00 (oitocentos reais) por m², enquanto o 2º lugar, o *shopping* Cidade Jardim, cobrava o valor de R\$570,00 (quinhentos e setenta reais).³⁸⁶

Um ponto que deve ser destacado no processo está na afirmação do conselheiro Fernando de Oliveira Marques, que considera substituíveis as lojas que estão adstritas à cláusula de raio. Quanto à essa afirmação não assiste razão ao conselheiro, porque ainda que essas lojas sejam substituíveis em algum grau, cabe ao empreendedor decidir com quais dessas ele quer contratar. Outrossim, somente na hipótese em que o empreendedor estiver livre para constituir o *tenant mix*, ele terá oportunidade de organizá-lo de forma tão diferenciada quanto ao do concorrente e, desse modo, intensificar a concorrência entre os *shopping centers*. Desse modo, os lojistas e os empreendedores se beneficiariam. Ao contrário, com a previsão da cláusula de exclusividade o *shopping* Iguatemi mantém a posição dominante que ocupa.

A cláusula de exclusividade dirigida, da mesma forma que a cláusula de raio, para ser considerada válida deve observar os parâmetros traçados no item 2.7. Do contrário, a cláusula de exclusividade consistirá em infração à ordem econômica por trazer mais externalidades negativas do que positivas.

3.3 Caso Eldorado, Morumbi, Jardim Sul, Villa-Lobos e Higienópolis

Este processo administrativo foi instaurado em razão da solicitação do CADE à Secretaria de Direito Econômico de investigação da “[...] legalidade da inserção de cláusula de raio nos contratos de locação dos shopping centers que integram o mesmo mercado relevante do Shopping Iguatemi, quais sejam: Eldorado, Morumbi, Jardim Sul, Villa-Lobos e Higienópolis”, em decorrência do acórdão do processo administrativo nº 08012.006636/1997-43.³⁸⁷

A SDE (Secretaria de Direito Econômico) solicitou que as representadas informassem

³⁸⁶ UOL ECONOMIA. Shopping Iguatemi é o 14º endereço comercial mais caro do mundo; veja top 20. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/infomoney/2013/11/14/shopping-iguatemi-e-o-14-endereco-comercial-mais-car-do-mundo-veja-top-20.htm>> Acesso em: 10 jul. 2014.

³⁸⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.012081/2007-48. Parecer da Superintendência Geral. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000775151676.pdf>. Acesso em : 10 abr. 2014, p. 2.

se no contrato de locação celebrado com os lojistas havia previsão da cláusula de raio.³⁸⁸

O *shopping* Villa-Lobos informou que no início do empreendimento utilizava a cláusula de raio, por isso em alguns contratos ainda consta essa previsão. Contudo, desde meados de 2007, ele retirou do contrato a cláusula de raio, em razão do “[...] amadurecimento do empreendimento e à inexistência de outros centros comerciais no raio de 2,5 Km do shopping”.³⁸⁹

Deve-se considerar, de acordo com a Superintendência, “[...] que a decisão do Shopping Villa-Lobos de retirar a cláusula de raio dos contratos ocorreu após a decisão proferida pelo CADE, na qual o Shopping Iguatemi foi condenado pela utilização da referida cláusula e foi solicitada a abertura de investigação aos seus concorrentes”.³⁹⁰ Ademais, o fato de não haver “[...] outros centros comerciais concorrentes dentro do raio estabelecido [...] não quer dizer que a cláusula não produz efeitos, uma vez que na avaliação de possíveis entrantes ela pode ter sido levada em consideração”.³⁹¹ Além disso, deve-se observar que o raio é superior a 2km, logo “[...] a alta densidade populacional da área em uma metrópole como São Paulo, serve como argumento contra a aceitação do raio estipulado”.³⁹² Ademais, a cláusula não fixou o aspecto temporal e não dispôs se ela abrange tão somente os controladores do lojista.³⁹³

Nas alegações finais, o *shopping* Villa Lobos argumentou que a cláusula nunca teve aplicação prática; que ela protege os lojistas; que se trata de uma prática comum; e que “[...] a cláusula somente poderia ser considerada anticompetitiva se, concomitantemente, (i) o shopping possuísse poder de mercado; (ii) se resultar [resultasse] em fechamento de mercado.” Contudo, de acordo com o *shopping* Villa Lobos, “estes dois requisitos não estariam presentes [...]”.³⁹⁴

O *shopping* Morumbi informou que desde 1980 adota a cláusula de raio “[...] pela necessidade de preservar o investimento e manter a perenidade do empreendimento e das lojas

³⁸⁸ Id.

³⁸⁹ Id.

³⁹⁰ Ibid., p. 22.

³⁹¹ Id.

³⁹² Id.

³⁹³ Id.

³⁹⁴ Ibid., p. 8.

nele instaladas”.³⁹⁵ Ele alegou que “a cláusula de raio é lícita e é compatível com a legislação concorrencial, tendo a finalidade de reduzir os riscos do negócio e de compartilhá-los com o [...] [locatário]”.³⁹⁶ Ademais, como o *shopping* Morumbi não detém poder de mercado, a cláusula de raio não produziria efeitos anticoncorrenciais.³⁹⁷ Outrossim, alegou que “as cláusulas de raio possibilitariam que novos entrantes ou marcas menos conhecidas tivessem oportunidade de concorrer pelo espaço comercial nas áreas dos *shopping centers*, favorecendo e incentivando a concorrência por meio da inovação e diferenciação dos produtos”.³⁹⁸ Além disso, “as cláusulas de raio não poderiam ser consideradas um ilícito per se, mas deveriam ser analisadas pela regra da razão”.³⁹⁹

Contudo, deve-se observar, de acordo com o parecer da Superintendência Geral

[...] que embora a extensão do raio esteja dentro dos critérios estabelecidos como razoáveis pela SG, a cláusula mostra-se muito abrangente nas outras dimensões. Primeiramente, a cláusula imposta abrangia o mesmo ramo de atividade exercido no shopping e, portanto, não se restringia à marca explorada. Além disso, a vedação incluía empresas ou firmas que os sócios da locatária participassem ou viessem a participar, direta ou indiretamente, ou que tivessem qualquer vínculo, ainda que episódico, o que claramente se mostra abusivo. Por fim, a cláusula não estabelecia limitação temporal, vigorando, dessa forma, indeterminadamente.⁴⁰⁰

“O Shopping Pátio Higienópolis relatou que atualmente adota cláusula de raio em extensão de 1,5 km [...] Além disso, justificou a inserção da cláusula no contrato de locação pela necessidade de garantir o recebimento do aluguel baseado no faturamento do lojista.”⁴⁰¹ No entanto, o *shopping* Higienópolis alegou que a cláusula nunca teve eficácia. Ademais, para a interpretação da cláusula deveria ser aplicada a regra da razão, logo deveriam ser analisadas as peculiaridades do caso concreto e, como o *shopping* Higienópolis não goza de posição dominante, a cláusula não estaria apta a produzir efeitos anticoncorrenciais.⁴⁰² No que pese o raio estar dentro do parâmetro fixado, a Superintendência Geral considerou que “[...] o

³⁹⁵ Ibid., p. 2.

³⁹⁶ Ibid., p. 8.

³⁹⁷ Id.

³⁹⁸ Id.

³⁹⁹ Ibid., p. 9.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 22.

⁴⁰¹ Ibid., p. 2.

⁴⁰² Ibid., p. 9.

contrato veda a abertura de outro estabelecimento que explore o mesmo ramo de atividade, ou seja, não limita a restrição à marca da locatária. [...] Além disso, a cláusula também não prevê limite temporal, o que se revela abusivo [...]”.⁴⁰³

O *shopping* Jardim Sul informou que nunca exigiu o cumprimento da cláusula. A justificativa para a previsão desta seria a preservação do capital investido pelo empreendedor e pelos lojistas.⁴⁰⁴

O *shopping* Eldorado informou que nos contratos de locação celebrados com os lojistas não há previsão da cláusula de raio.⁴⁰⁵

Como na área do mercado relevante investigado foi aberto mais um empreendimento, o *shopping* Cidade Jardim, a SDE requereu informações ao empreendedor, que afirmou não haver previsão da cláusula de raio nos contratos celebrados com os lojistas.⁴⁰⁶

Por entender que a cláusula de raio se amolda à conduta prevista “[...] no art. 20, inciso I, c/c art. 21, incisos IV e V, ambos da Lei nº 8.884/94, [Art. 36, I e §3º, III e IV da Lei nº 12.529/2011] a SDE decidiu pela instauração de Processo Administrativo em desfavor [...]”⁴⁰⁷ do *shopping* Morumbi (Multiplan Empreendimentos Imobiliários S/A), *shopping* Villa-Lobos (Saphyr Administradora de Centros Comerciais – retificado para BR Malls Administração e Comercialização Ltda.), *shopping* Jardim Sul (Participações Morro Vermelho S.A. – Administradora PMV) e *shopping* Higienópolis (Plaza Shopping Administradora Ltda).⁴⁰⁸

O *shopping* Jardim Sul (Administradora PMV S.A; Participações Morro Vermelho S.A e Condomínio Shopping Jardim Sul) firmou Termo de Compromisso de Cessação de Prática, devidamente homologado pelo CADE, na qual se comprometeu a retirar a cláusula de raio dos contratos de locação celebrados com os lojistas. Em razão do cumprimento do TCC o processo foi arquivado em relação ao *shopping* Jardim Sul.⁴⁰⁹

⁴⁰³ Ibid., p. 24/25.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 3.

⁴⁰⁵ Id.

⁴⁰⁶ Id.

⁴⁰⁷ Ibid., p. 4/5.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 5/6.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 7/8.

A Superintendência Geral, no caso concreto, considerou que a cláusula de raio deve ser analisada com base na regra da razão (ver item 2.5), considerando “[...] aspectos espacial, temporal e material [...]”.⁴¹⁰

No que tange ao aspecto espacial, a Superintendência Geral entendeu que acima de 5 (cinco) quilômetros a cláusula de raio seria ilícita em si mesma, até 2 (dois) quilômetros seria lícita e entre 2 (dois) quilômetros a 5 (cinco) quilômetros deveria ser aplicada a regra da razão, com a análise, dentre outros aspectos, da “[...] (i) densidade populacional da área; (ii) indício de delimitação do raio com o objetivo de prejudicar eventuais concorrentes já instalados ou com previsão de instalação; (iii) investimentos do shopping na área para torná-la comercialmente atrativa; e (iv) poder de mercado do agente dentro do raio definido”.⁴¹¹

Quanto à duração “[...] uma vez que a cláusula visa proteger o investimento realizado pelo shopping, deve estar limitada ao tempo necessário para recuperá-lo, não podendo ser aceitas cláusulas *ad eternum*”.⁴¹² Por isso, deve-se considerar, nos termos do parecer

[...] um período razoável para que o shopping recupere seu investimento e estabeleça sua clientela, sem que haja maiores riscos a possíveis shoppings concorrentes e aos lojistas, que, após esse período, poderão instalar-se dentro do raio estabelecido. Assim, entende-se que **cláusulas de raio de até cinco anos devem ser aceitas**. [...] Nos casos em que o período de duração da cláusula for superior a cinco anos, os seguintes parâmetros devem ser levados em consideração: (i) investimento *greenfield* ou de ampliação de espaço; (ii) tempo de retorno do investimento realizado; (iii) indício de delimitação do tempo da cláusula com objetivo de prejudicar concorrentes já instalados ou com previsão de instalação; e (iv) investimentos do shopping na área para torná-la comercialmente atrativa.⁴¹³

No que tange ao aspecto material “[...] deve limitar-se apenas aos controladores da locatária e à marca estabelecida no empreendimento”.⁴¹⁴

A Superintendência afirma que “[...] os parâmetros estabelecidos visam garantir a proteção ao investimento realizado pelo shopping, sem, com isso, prejudicar a concorrência, haja vista que a soma das limitações material, temporal e espacial impediria o abuso do uso das cláusulas de raio com intenções anticompetitivas”.⁴¹⁵

⁴¹⁰ Ibid., p. 17.

⁴¹¹ Ibid., p. 18.

⁴¹² Id.

⁴¹³ Ibid., p. 19.

⁴¹⁴ Id.

⁴¹⁵ Ibid., p. 20.

Dessa forma, a Superintendência recomendou a “[...] convalidação do presente Processo Administrativo em Processo Administrativo por Infrações à Ordem Econômica [...]” e a “[...] condenação por configuração de infração contra a ordem econômica, nos termos do artigo 36, I, e §3º, III da Lei 12.529/11 [...]”⁴¹⁶ para todas as representadas, com exceção do *shopping* Jardim Sul, em razão da realização do TCC. Este parecer foi publicado em 19 de maio de 2014.⁴¹⁷

Nota-se por esse processo administrativo, que ainda está em trâmite, a tendência do CADE em fixar parâmetros para verificar se a cláusula de raio constitui infração contra a ordem econômica. No caso concreto, com base nos parâmetros objetivos traçados para analisar a conduta dos agentes econômicos, a Superintendência afirmou que todos os agentes econômicos haviam cometido infração contra a ordem econômica. Logo, nesse caso concreto, a cláusula de raio deveria ser considerada ilícita.

3.3.1 Comentários ao caso Eldorado, Morumbi, Jardim Sul, Villa-Lobos e Higienópolis

Na decisão do CADE em análise a cláusula de raio foi considerada ilícita pela Superintendência Geral em razão de ela ser capaz de impedir o ingresso de novos concorrentes no mercado ao limitar a livre concorrência. No exame da licitude da cláusula a Superintendência Geral agiu bem ao aplicar a regra da razão e criar os critérios para a sua análise.

No aspecto espacial a Superintendência, ao fixar o raio de 2 (dois) quilômetros como razoável e afirmar que até esse perímetro a cláusula é lícita, pode levar a decisões contrárias à ordem econômica. Por exemplo, no caso concreto envolvendo o *shopping* D e o *shopping* Center Norte, o raio era de apenas 1 (um) quilômetro (ver item 3.4). No entanto, em razão de características geográficas específicas, o percurso de um *shopping center* até o outro é demorado. Desse modo, nesse caso concreto específico, o raio de 1km foi considerado irrazoável. Portanto, critério melhor seria fixar o aspecto espacial em razão do tempo médio de deslocamento entre um *shopping center* e o outro.

Quanto ao critério temporal, de fato, 5 anos é um período razoável. No aspecto

⁴¹⁶ Ibid., p. 25.

⁴¹⁷ BRASIL. Diário Oficial. Seção I, n. 93, segunda-feira, 19 de mai. de 2014, p. 36.

material o critério fixado também foi bem pertinente ao mencionar “marca”, porque os consumidores, em sua maioria, buscam as marcas (ver item 2.7). Além de se delimitar à mesma marca, a cláusula deve ser restringida ao mesmo público alvo, pois deve-se considerar que há marcas que atuam em segmentos distintos, como, por exemplo, adulto e infantil; masculino e feminino.

No entanto, o fato de se limitar aos controladores pode ensejar burla à cláusula de raio. Nesse aspecto, o ideal é que a restrição atinja todos os sócios, inclusive os minoritários, para evitar a transferência de *know how* (ver item 1.4).

3.4 Caso *shopping D* x *shopping Center Norte S/A*

O processo administrativo foi instaurado a partir da representação do *shopping D* em face do *shopping Center Norte S/A*. Alega o representante que o representado ao prever cláusula de exclusividade nos contratos celebrados com os lojistas dentro do raio de 1.000 metros está impedindo a livre concorrência.

3.4.1 Parecer do Ministério Público Federal (MPF)

O mercado relevante considerado pelo representante foi o de *shopping centers*.⁴¹⁸ De acordo com o MPF “o mercado está dividido entre os competidores Shopping Center Norte (67,7%), Shopping Center D (29,6%) e Santana Shopping (2,7%)”.⁴¹⁹

O MPF afirma que “somente será válida esta cláusula na medida em que objetivar a proteção do *Shopping* contra a concorrência desorganizada ou predatória, inviabilizando a sua existência e o seu desenvolvimento”.⁴²⁰ Por isso, ela deve ser “[...] limitada no espaço e no tempo e definida quanto ao seu objeto, porquanto visando o mesmo ramo de atividades ou

⁴¹⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13. Parecer Ministério Público Federal nº 114/2003. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000412171946.pdf> Acesso em: 25 mar. 2014, p. 2.

⁴¹⁹ Ibid., p.3.

⁴²⁰ Ibid., p. 5.

utilização do mesmo nome de fantasia, a fim de proteger o *shopping* de concorrência autofágica”.⁴²¹

No caso concreto, o *shopping* Center Norte S/A já se encontrava em funcionamento há quase vinte anos, “[...] tempo suficiente para consolidar-se no mercado”.⁴²²

O MPF observa que o direito de opção dos consumidores é cerceado pela “[...] imposição arbitrária do Representado”.⁴²³

Outrossim, o MPF considera

[...] ilícita e abusiva a exigência de exclusividade do Center Norte S/A por prazo indeterminado, após a sua consolidação no mercado. Não é razoável e mostra-se ofensivo à ordem econômica a insistência do Representado em exigir a cláusula de exclusividade para os lojistas nele estabelecidos, com fundo de comércio já constituído.⁴²⁴

Sendo assim, de acordo com o MPF

[...] parece evidente o cometimento pelo Representado Center Norte S/A das infrações à ordem econômica descritas pelo art. 20, IV, c/c o 21, IV e V, da Lei n. 8.884/94 [Art. 36, IV e §3º, III e IV da Lei nº 12.529/2011], consistente em exercer abusivamente poder de mercado e impedir o regular desenvolvimento e funcionamento de empresa concorrente, impedindo o acirramento da competitividade no mercado relevante considerado. A cláusula de exclusividade se justificou até a solidificação do Center Norte S/A no mercado, não mais devendo ser exigida a limitação dos lojistas nele estabelecidos, porque agressiva à concorrência no mercado.⁴²⁵

Por conseguinte, o MPF opinou pela procedência da representação.

3.4.2 Parecer da procuradoria do CADE (ProCADE)

De acordo com a Procuradoria do CADE, a representante alega

⁴²¹ Ibid., p. 6.

⁴²² Id.

⁴²³ Ibid., p. 10.

⁴²⁴ Ibid., p. 12.

⁴²⁵ Ibid., p. 13.

[...] que a cláusula de raio sempre existiu e que a Representada dele só se valeu quando teve por intuito impedir a concorrência entre Representante e Representada, salientando que algumas lojas encontram-se estabelecidas nas instalações da Representada e simultaneamente no Shopping D desde 1994 e apenas agora alega estar fazendo valer o que foi convencionado (*pacta sunt servanda*) desde então. Entende que a prática da representada é desmedida, eis que só poderia ser considerada legítima pelas autoridades antitruste caso não afetasse parcela substancial do mercado relevante e apresentasse justificativa econômica ou empresarial para sua adoção.⁴²⁶

A representante pede “[...] que seja adotada medida preventiva, tendo em vista a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, para que a Representada se abstenha de exigir o cumprimento da cláusula de exclusividade aludida, bem como de dissuadir lojistas de se instalarem nas dependências da Representante”.⁴²⁷

A representada

alega que a Representação é absurda e infundada, não encontrando amparo legal na doutrina e jurisprudência. Acresce que não possui nenhum vínculo com a Representada, notificando apenas lojistas que com ela mantêm vínculos e que infringiram cláusula contratual, sustentando ainda que não há que se falar em abuso eis que exigiu tão somente o cumprimento do que foi pactuado.⁴²⁸

A procuradoria afirma: “Não há que se admitir que a questão atinge direitos privados e que a discussão restringe-se a esfera desses direitos por infração a cláusula contratual. A competência do CADE se estabelece em casos que direitos individuais conflitem com a tutela da concorrência, eis que é corolário da liberdade de iniciativa”.⁴²⁹ De acordo com a procuradoria, o CADE deve “[...] proceder ao exame da cláusula de raio em comento à luz do interesse coletivo, eis que nesta esfera deve imperar o interesse público, ficando mitigado o interesse privado que com o primeiro se confrontar no caso concreto”.⁴³⁰

Por fim a procuradoria afirma que a conduta da representada “[...] subsume-se ao disposto no artigo 20, inciso IV c/c o art. 21, incisos IV e V da Lei nº 8.884/94, configurando

⁴²⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13. Parecer nº 284/2002 da Procuradoria Federal. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000272381575.pdf> Acesso em: 25 mar. 2014, p. 2.

⁴²⁷ Ibid., p. 3.

⁴²⁸ Ibid., p. 4.

⁴²⁹ Ibid., p. 9.

⁴³⁰ Ibid., p. 15.

infração contra a ordem econômica [Art. 36, IV e §3º, III e IV da Lei nº 12.529/2011]”.⁴³¹

3.4.3 Parecer da secretaria de direito econômico (SDE)

A SDE considerou como “[...] mercado relevante no presente caso [...] o de espaços para locação comercial em *shopping centers* de médio padrão, localizados nas regiões Norte, Centro-leste e Centro da cidade de São Paulo”.⁴³²

No aspecto produto excluiu as lojas de rua em razão de os *shopping centers* caracterizarem-se “[...] como produtos singulares, não substituíveis pelo comércio tradicional [...] [em razão] da comodidade e segurança que os *shoppings* procuram oferecer, além da diversificação de produtos e serviços postos à disposição de seus visitantes em um mesmo lugar [...]”.⁴³³

Os *shoppings* se diferenciam entre si quanto ao padrão.⁴³⁴ Neste aspecto a SDE observa: “[...] ainda que possa haver uma pequena margem de sobreposição de públicos frequentadores de diferentes modalidades de *shoppings*, existe uma segmentação nesse setor, baseada, principalmente, no poder aquisitivo e nos diferenciados interesses de consumo do público que se pretende atrair”.⁴³⁵

Quanto ao aspecto geográfico “[...] por estarmos tratando da cidade de São Paulo, que apresenta notórios problemas de transporte, a princípio, não se pode considerar áreas muito distantes para efeito de delimitação do mercado geográfico”.⁴³⁶

Logo, de acordo com a SDE, tendo em vista “[...] a malha de transporte dessa região, com suas conexões com outras regiões da cidade de São Paulo, define-se o mercado relevante como sendo as regiões contíguas à localização do Center Norte, ou seja, as regiões Norte,

⁴³¹ Ibid., p. 16.

⁴³² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13. Parecer Secretaria de Direito Econômico. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000412121083.pdf> Acesso em: 25 mar. 2014, p. 5.

⁴³³ Id.

⁴³⁴ Id.

⁴³⁵ Ibid., p. 7.

⁴³⁶ Id.

Centro e Centro-leste daquela cidade”.⁴³⁷

Definido o mercado relevante, a SDE verificou o poder de mercado do Center Norte. Na área definida como mercado relevante “[...] destacam-se como potenciais concorrentes do Center Norte apenas dois shoppings: Shopping D e Shopping Metro Tatuapé”.⁴³⁸

Conforme o parecer “[...] o Center Norte dispõe do quarto maior faturamento por área bruta locável dentre os shoppings de São Paulo”.⁴³⁹

Por conseguinte, a SDE considera que em razão do faturamento obtido pelos lojistas no *shopping* Center Norte, eles não tem interesse em sair do empreendimento, sobretudo “[...] após já terem sido realizados os investimentos necessários à instalação das lojas”.⁴⁴⁰

Dessa forma,

[...] a representada possui poder de mercado não somente sobre os seus lojistas, mas também em relação aos lojistas que pretendem abrir estabelecimentos em shopping centers nas Regiões Norte, Centro e Centro-Leste de São Paulo, dado o provável maior retorno do investimento realizado com a instalação da loja no Center Norte. O poder de mercado que a representada tem sobre os seus lojistas atuais e potenciais lhe confere poder de mercado sobre os shopping centers concorrentes, que precisam atrair lojistas com determinado perfil para compor o seu *mix* de lojas.⁴⁴¹

A SDE considera como barreira à entrada o alto investimento nesse tipo de empreendimento e a pouca oferta de terrenos em uma cidade como São Paulo. Ademais, a cláusula de raio consistiria em uma barreira artificial à entrada de novo concorrente.⁴⁴² Ela “[...] impede os [...] potenciais concorrentes de dispor do conjunto de lojistas que julgam adequado para atrair os consumidores que pretendem conquistar. Ao mesmo tempo, impede os lojistas de expandirem os seus negócios como melhor lhes aprouver”.⁴⁴³

Sendo assim, “[...] a cláusula de raio em comento objetiva prejudicar a livre concorrência, configurando exercício abusivo de posição dominante [...]”.⁴⁴⁴

⁴³⁷ Id.

⁴³⁸ Ibid., p.8.

⁴³⁹ Id.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 9.

⁴⁴¹ Ibid., p. 10.

⁴⁴² Id.

⁴⁴³ Ibid., p.11.

⁴⁴⁴ Ibid., p.13.

Desse modo,

[...] fica evidenciado [...] [que] a cláusula de raio limita o acesso de concorrentes potenciais ao mercado da representada e cria dificuldades ao funcionamento e desenvolvimento de *shopping centers* rivais, enquadrando-se nas tipificações previstas no art. 21, incisos IV e V, e alcançando os efeitos do art. 20, inciso IV, da Lei nº 8.884/94 [Art. 36, IV e §3º, III e IV da Lei nº 12.529/2011].⁴⁴⁵

A SDE observa que

[...] a imposição de cláusulas de exclusividade, justifica-se, em sede de direito da concorrência, ou para viabilizar algum empreendimento que não será realizado, caso a exclusividade não existisse, ou para impedir que os investimentos privados realizados sejam apropriados por terceiros, em especial, pelos próprios concorrentes do investidor. Por meio dessas cláusulas, afastam-se, assim, os riscos da chamada externalidade. No caso presente, contudo, não se verifica a ocorrência de nenhuma externalidade de que possam se beneficiar os concorrentes da representada. A conduta ora investigada, portanto, decorre simplesmente da intenção da representada em criar barreiras à entrada no mercado em questão, possibilitando a manutenção, de forma artificial, do seu alto nível de participação no referido mercado.⁴⁴⁶

Ademais, em razão de a cláusula de raio atingir os sócios da locatária, a SDE considerou que “tal restrição, seja do ponto de vista econômico ou comercial, não encontra nenhuma justificativa, caracterizando-se simplesmente como um exercício abusivo de posição dominante a que estão expostos os comerciantes e, em um nível muito mais elevado, os consumidores”.⁴⁴⁷

Outrossim, a SDE considera que

[...] a cláusula de raio, como justificativa para proteção do fundo de comércio do shopping contra concorrência predatória de lojas situadas próximas ao mesmo, não se justifica nos dias atuais em que questões de segurança e comodidade fazem com que lojas situadas em ruas não concorram efetivamente com shopping centers.⁴⁴⁸

A SDE pondera que “[...] deve-se distinguir a tutela contratual da defesa concorrencial, não só pelos interesses distintos e às vezes opostos existentes entre essas duas esferas, bem como pelos diversos métodos empregados para aferição do ilícito civil e do

⁴⁴⁵ Ibid., p.14.

⁴⁴⁶ Ibid., p.15.

⁴⁴⁷ Ibid., p. 14.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 17.

ilícito anitruste”.⁴⁴⁹

Ao final, a SDE opinou pela condenação da representada em razão da conduta adotada caracterizar “[...] infração contra a ordem econômica prevista no art. 20, inc. IV c/c o art. 21, incisos IV e V, ambos da Lei nº 8.884/94 [Art. 36, IV e §3º, III e IV da Lei nº 12.529/2011]”.⁴⁵⁰

3.4.4 Voto do conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

O conselheiro Roberto Pfeiffer define o mercado relevante como sendo o de *shopping centers* regionais de médio padrão. Ele exclui o comércio de rua em razão do caráter diferenciado dos *shopping centers*. Além disso, a cláusula de raio só foi suscitada quando a representada verificou a possibilidade do *shopping D* se tornar um efetivo concorrente.⁴⁵¹ Quanto ao fato de ter sido considerado os *shopping centers* de médio padrão, o conselheiro se baseou em pesquisa acostada aos autos que concluiu que “[...] o público frequentador da Representada é composto, em sua maioria, por pessoas pertencentes às classes B e C”.⁴⁵²

No que tange ao mercado relevante geográfico, considerando o tempo de deslocamento e a disponibilidade de transporte público, o conselheiro definiu como sendo as regiões norte e centro da cidade de São Paulo.⁴⁵³ O conselheiro considera que “a maneira mais tradicional de aludir poder de mercado a uma empresa é por meio da observação de sua participação no mercado relevante (*market share*)”.⁴⁵⁴ No mercado relevante considerado foram identificados o *shopping Center Norte* e o *shopping D*.⁴⁵⁵

Pelo critério da área bruta locável, o *shopping Center Norte* possui 69,57% de

⁴⁴⁹ Ibid., p. 18.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 19.

⁴⁵¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13. Voto do Relator Conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Disponível em : <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000224411579.pdf>. Acesso em: 25 de mar. 2014, p. 4.

⁴⁵² Ibid., p. 7.

⁴⁵³ Ibid., p. 15.

⁴⁵⁴ Id.

⁴⁵⁵ Id.

participação no mercado relevante, enquanto o *shopping* D possui 30,43%. Inclusive quanto ao faturamento o *shopping* Center Norte possui posição dominante.⁴⁵⁶

O exercício de posição dominante pelo *shopping* Center Norte se verifica pela cobrança de aluguéis “[...] substancialmente superiores – quase três vezes superior – aos cobrados pelo Shopping D [...]”.⁴⁵⁷

O conselheiro observa que a representada goza da vantagem da primeira sociedade empresária a se mover, porque “[...] iniciou suas atividades dez anos antes da representante”.⁴⁵⁸ Outrossim, a cláusula de raio representa uma barreira artificial à entrada de novo concorrente.⁴⁵⁹

Quanto à alegação da representada de que essa cláusula é comum nos contratos de locação em *shopping centers*, o conselheiro afirma que

[...] a autonomia da vontade não pode sobrepujar-se ao interesse da coletividade. Assim, há interesse público em investigarem-se cláusulas contratuais que possam causar impactos anticoncorrenciais, principalmente tendo-se em vista que o art. 170, IV, da Constituição Federal eleva a livre concorrência ao *status* de princípio conformador da Ordem Econômica e o art. 173, §4º, da CF determina a repressão ao abuso do poder econômico que resultar na eliminação da concorrência, dominação de mercado e aumento arbitrário dos lucros.⁴⁶⁰ [Sendo assim] Deve-se distinguir a [...] tutela contratual, que se atém a aspectos meramente privados, da tutela concorrencial, que defende textualmente direitos difusos.⁴⁶¹

O conselheiro parte da premissa de que a cláusula de raio não pode ser considerada ilícita *per se*. Desse modo pondera que

um fator importante no exame da legalidade das cláusulas de raio é a questão do investimento que é despendido inicialmente nesses tipos de empreendimentos. [...] Considere-se esse fator ainda mais presente em investimentos cujo cerne se encontra na escolha do correto *tenant mix* que os comporão e nas facilidades que ofertarão aos consumidores. Assim, razoável que se imponha garantia inicial de exclusividade por um período inicial, como forma de garantir o retorno do investimento e a fixação da imagem da marca. Tal garantia, no entanto, não pode ser indeterminada, sob pena de fugir à razoabilidade.⁴⁶²

⁴⁵⁶ Ibid., p. 17.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 20.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 19.

⁴⁵⁹ Id.

⁴⁶⁰ Ibid., p. 22.

⁴⁶¹ Ibid., p. 23.

⁴⁶² Ibid., p. 28.

Além disso, ele afirma:

[...] [a] validade do ponto de vista concorrencial dar-se-á nas situações que os seus efeitos estiverem adstritos a prevenir comportamento oportunista dos lojistas, consistente no indevido aproveitamento das externalidades geradas (em especial a infra-estrutura) que pudessem ser indevidamente apropriadas em razão da instalação em local próximo. No entanto, tal imposição deverá dar-se de modo razoável, a fim de não gerar efeitos que tragam, sem justificativa, efetiva limitação no mercado relevante. A averiguação da razoabilidade dependerá, assim, da análise do raio imposto, do tempo de duração da cláusula, do modo como ela foi prevista e implementada, além, obviamente, dos efeitos gerados no mercado relevante como um todo (e não apenas no raio).⁴⁶³

Por isso, “[...] será justamente a partir da análise da razoabilidade do teor e modo de implementação da cláusula operada pelo Shopping Center Norte e de seus efeitos sobre o mercado relevante em questão que será efetivada a análise de sua licitude frente à lei de proteção da concorrência”.⁴⁶⁴

Quanto à distância da cláusula de raio, ela “[...] deve ser limitada ao fulcro específico da preservação de condutas oportunistas e proteção do retorno do investimento, não podendo, assim, operar uma limitação à concorrência que alcance a totalidade do mercado relevante [...] o que [...] prejudicaria a concorrência de modo não razoável”.⁴⁶⁵

No caso concreto analisado nota-se que o problema em relação à distância discriminada como raio não se encontra propriamente na quilometragem eleita, mas na interpretação extensiva a ela conferida pelo Shopping Center Norte. Em outras palavras, ao adotar na execução da cláusula o entendimento de que o raio estabelecido é linear, ignorando-se o obstáculo físico (a Marginal Tietê) e natural (o próprio rio Tietê) resta evidente que o raio eleito extrapolou a racionalidade econômica. Não é razoável supor que haja ensejo a um comportamento oportunista em eventual aproveitamento de externalidades (sobretudo das instalações físicas) quando se observa os obstáculos incidentes entre os dois estabelecimentos. Ademais, há a peculiaridade de que, ao adotar a extensão do raio eleita, atingiu-se justamente o único concorrente efetivo no mercado relevante, ou, dito de outro modo, no caso concreto a implementação da cláusula extrapolou a mera prevenção de conduta oportunista para operar efetiva limitação ao mercado relevante como um todo.⁴⁶⁶

Quanto à possibilidade de ocorrência do efeito “carona” no caso concreto, o conselheiro considerou que

⁴⁶³ Ibid., p. 29.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 31.

⁴⁶⁵ Id.

⁴⁶⁶ Id.

[...] todo o investimento feito pelo Center Norte para fins de melhoria, como estacionamento, segurança ou outros serviços e lazer será internalizado, oferecendo retorno primordialmente para o próprio investidor. É desairosa a conjectura de que os lojistas do Shopping D – por meio de consumidores finais – possam usufruir os investimentos realizados pelos empreendedores da Representada. Imaginem, por exemplo, se é factível um comprador que pretende fazer compras no Shopping D, estacione no Center Norte e vá andando ou de táxi para o Shopping D fazer suas compras!⁴⁶⁷

No que tange ao fato de a abertura de loja no raio reduzir o aluguel percentual, fato que prejudica o empreendimento, o conselheiro observa que ainda que o faturamento do lojista diminua, ele estará obrigado a adimplir o aluguel mínimo.⁴⁶⁸

O conselheiro afirma que no caso em questão a cláusula de raio não teve como objetivo proteger o empreendimento, visto que só no momento em que o *shopping D* passou a representar um potencial concorrente é que os lojistas que estavam infringindo a cláusula de raio foram notificados.⁴⁶⁹ Ademais, não foi previsto termo final para a cláusula de raio, o que indica que a cláusula “[...] possui fito anticompetitivo”.⁴⁷⁰ O conselheiro admite a cláusula pelo período suficiente para a consolidação do empreendimento. Outrossim, a cláusula, de acordo com o conselheiro, é excessivamente abrangente, ela compreende “[...] toda e qualquer marca e toda e qualquer atividade desempenhada pelo lojista no mesmo ramo de comércio desenvolvido no Shopping Center Norte. [...] Assim, a maneira indiscriminada e abrangente com que a cláusula foi utilizada retira a validade do argumento de prevenção de conduta oportunista”.⁴⁷¹

[...] a cláusula de exclusividade – nesse caso territorial – pode inibir as possibilidades de diferenciação vertical por parte dos concorrentes da Representada, ao impedir o ingresso de um número expressivo de lojistas. Segundo a Representada, existem atualmente mais de 450 lojistas, potenciais entrantes no Shopping D, que são impedidos de se instalar no único concorrente efetivo existente no mercado relevante.⁴⁷²

Logo, o conselheiro considerou que a conduta da representada se amolda “[...] nos

⁴⁶⁷ Ibid., p. 33.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 34.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 37.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 38.

⁴⁷¹ Ibid., p. 39.

⁴⁷² Ibid., p. 44.

tipos descritos no art. 20, incisos I e IV da Lei nº 8.884/94 [Art. 36, I e IV da Lei nº 12.529/2011]”.⁴⁷³

3.4.5 Voto vista da conselheira Elizabeth Maria Mercier Querido Farina

A conselheira Elizabeth Farina trouxe ponderações exclusivamente quanto às penas.⁴⁷⁴

3.4.6 Voto vogal do conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado

Quanto ao fato de a cláusula de raio ser utilizada para impedir comportamentos oportunistas, o conselheiro considera que “o Shopping D não atua como um ‘*free rider*’. Seus investimentos e estrutura possuem o mesmo vulto do Shopping Center Norte”.⁴⁷⁵

Além disso, ele considera que o raio adotado apesar de parecer pequeno, na prática, o tempo que se leva para percorrer de um *shopping center* para o outro é grande. Portanto, “[...] é impraticável que um Shopping se aproveite das facilidades do outro”.⁴⁷⁶

O conselheiro considera que além das barreiras naturais à entrada, tais como a inexistência de terrenos disponíveis no mercado relevante considerado e o alto investimento necessário para o desenvolvimento da atividade empresarial *shopping center*, a cláusula de raio configura uma barreira artificial.⁴⁷⁷

Ademais, o fato de a cláusula só ter sido suscitada quando “[...] o Shopping D decidiu mudar de perfil de shopping “outlet” para um Shopping comum [...] [indica que] a cláusula

⁴⁷³ Ibid., p. 46.

⁴⁷⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13. Voto-vista da Conselheira Elizabeth Maria Mercier Querido Farina. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000412131279.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2014.

⁴⁷⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13. Voto-vogal do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000412141436.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2014, p. 2.

⁴⁷⁶ Ibid., p. 3.

⁴⁷⁷ Id.

estaria sendo efetivamente usada para restringir a concorrência”.⁴⁷⁸

Um ponto considerado no voto vogal é o fato de que

[...] a concorrência entre os Shoppings traz benefício aos consumidores finais, ou seja, a retirada da referida cláusula opera efeito pró-competitivo no mercado à jusante, ou seja, no mercado de vendas à varejo. Os consumidores finais se beneficiam desta concorrência por meio dos benefícios oferecidos como diferencial por cada shopping, além da óbvia diminuição dos preços de locação que são repassados para o preço final das mercadorias.⁴⁷⁹

Portanto, o conselheiro entendeu que restou caracterizada “[...] infração à ordem econômica nos termos do art. 20, I, II, IV cumulado com o art. 21, IV e V, da Lei nº 8.884/94 [Art. 36, I, II, IV e §3º, III e IV da Lei nº 12.529/2011]”.⁴⁸⁰

3.4.7 Comentários ao caso shopping D x shopping Center Norte S/A

No caso em questão, a cláusula de raio foi considerada ilícita, dentre outros motivos, em razão de ter sido suscitada pelo *shopping* Center Norte somente após o *shopping* D ter se tornado um concorrente potencial, o que não é razoável. Na época em que passou a ser exigida o *shopping* Center Norte já estava em funcionamento há mais de 20 anos, tempo suficiente para ele se consolidar no mercado.

A cláusula de raio é admitida no âmbito do direito da concorrência para propiciar a consolidação do empreendimento. Desse modo, os lojistas e os consumidores poderão se beneficiar das externalidades positivas geradas por ela. Por conseguinte, o lógico e natural é que a cláusula de raio deva ser rigorosamente fiscalizada no início do empreendimento. Portanto, a conduta do *shopping* Center Norte demonstra a intenção de se utilizar da cláusula de raio como uma barreira artificial à entrada de novo concorrente.

Ademais, um ponto relevante considerado no caso concreto foi a barreira natural entre os *shopping centers*, o rio Tietê e a marginal Tietê, fato que torna o tempo de deslocamento entre os dois empreendimentos longo. Dessa forma, ainda que o raio fixado tenha sido razoável, quando considerado o tempo de deslocamento entre os dois empreendimentos, este

⁴⁷⁸ Id.

⁴⁷⁹ Ibid., p. 4.

⁴⁸⁰ Id.

supera os 15 (quinze) minutos fixado como parâmetro no item 2.7.

Outrossim, ainda que se tratasse de um empreendimento recente e tivesse sido observado o tempo de deslocamento de 15 (quinze) minutos, a cláusula de raio consistiria em infração à ordem econômica, porque ela não possuiria delimitação material adequada. A cláusula, no aspecto material, para ser considerada válida deve se limitar à mesma marca e ao mesmo segmento, tendo em vista que o seu objetivo é impedir o desvio de clientela. Sendo assim, ainda que haja restrição para o mesmo ramo, esta continua sendo excessiva, em razão do escopo da cláusula de raio.

3.5 Decisões judiciais sobre a cláusula de raio

Nesse tópico serão analisadas as decisões judiciais. A primeira trata de um recurso especial apreciado pelo STJ em ação de despejo que teve como fundamento o inadimplemento contratual em razão da inobservância da cláusula de raio.

A segunda decisão trata de um recuso de apelação que teve origem em uma ação de despejo em que se discutiu a validade da cláusula de raio. A terceira decisão versa sobre os embargos de declaração interpostos sobre a segunda decisão analisada.

A quarta decisão refere-se a um agravo de instrumento interposto em face de uma decisão proferida em ação declaratória de inexigibilidade de cláusula contratual. A quinta decisão foi proferida nos autos de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, ajuizada em razão de descumprimento da cláusula de raio.

A sexta e a sétima decisão foram proferidas em ações de inexigibilidade de cláusula contratual.

A oitava decisão foi proferida nos autos de ação renovatória cumulada com declaração de nulidade de cláusula contratual, enquanto a nona trata de apelação em face de decisão *a quo* proferida nos autos de ação de despejo.

A décima decisão consiste em uma sentença proferida em sede de ação de despejo por descumprimento de cláusula contratual. A décima primeira diz respeito a uma apelação de decisão proferida em sede de ação de despejo por inadimplemento contratual.

A décima segunda decisão trata-se de sentença proferida em ação anulatória de decisão proferida no processo administrativo CADE nº 08012.009991/98-82 (Caso *shopping Jardim Sul x shopping Iguatemi São Paulo*). A décima terceira decisão versa sobre sentença

proferida em ação anulatória de decisão proferida no processo administrativo CADE nº 08012.006636/1997-43 (Caso Associação de Lojistas de *shopping* do Estado de São Paulo x *shopping* Iguatemi São Paulo).

3.5.1 Apelação sem revisão no caso shopping center Morumbi x Mei Mei Comercial Ltda.

A sentença considerou válida a cláusula de raio e rescindiu o contrato de locação devido à inobservância da referida cláusula pela ré (Mei Mei Comercial Ltda.). Por conseguinte, a lojista, ora apelante, pleiteia a reforma da sentença.

O juiz ao analisar o recurso considera que a apelante

[...] é uma pessoa jurídica que se dedica à atividade comercial, e por isso mesmo está orientada por eminentes advogados. Ao pactuar a locação tinha exato conhecimento do limite à abertura de outro estabelecimento em determinada distância. Tal limite encontra balizamento no espaço (distância em metros) e no tempo (duração do contrato). Guarda pertinência com o sistema especial de locações de espaços em centros comerciais, onde o locador participa da movimentação econômica do locatário (o aluguel é calculado em percentual incidente sobre o movimento econômico), há obrigatoriedade de participar da associação dos lojistas e, ainda, se responsabiliza por despesas objetivando a promoção do centro comercial como um todo.⁴⁸¹

Ademais, o juiz afirma:

A Constituição, como um todo harmônico, assegura a plena liberdade de contratar (art. 5º, II). Por isso, as demais normas, que garantem o exercício de qualquer atividade (art. 5º, XXII), e, correlatamente, a livre concorrência (art. 170, IV e parágrafo único) são endereçadas ao legislador de forma a inibi-lo de legislar em sentido contrário. Daí por que programaticamente sinaliza com a vedação ao abuso do poder econômico desde que isto signifique a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º).⁴⁸²

A partir da interpretação dos dispositivos constitucionais, o juiz observa:

[...] se o locatário se compromete a não abrir outro estabelecimento dentro de determinada distância, esta cláusula é perfeitamente válida pois, decorrendo da

⁴⁸¹ SÃO PAULO. 2º Tribunal de Alçada Cível. Apelação sem Revisão nº 465.935-00/0. 5ª Câmara. Rel. Juiz Laerte Sampaio. Julgado em: 24 set. 1996, p. 123. In. CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. *Dicionário Jurisprudencial dos "Shopping Centers"*. 1ª ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 122/125.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 124.

liberdade de contratar, não elimina a concorrência nem possibilita aumento arbitrário de lucros. Com efeito, numa metrópole como São Paulo, chega a ser risível falar-se que a fixação do limite de 2.000m para a abertura de outro estabelecimento se choque, sequer em tese, com aqueles dispositivos constitucionais. Note-se que a restrição se consubstancia na abertura de outro estabelecimento pelo mesmo comerciante ou industrial, o que, dada a maior vênua, já desfigura o conceito de livre concorrência, já que esta pressupõe o exercício de atividade por pessoas diferentes. Daí a inaplicabilidade dos preceitos da Lei n. 8.884/94, já que as figuras típicas (arts. 20 e 21) devem ser interpretadas com o objetivo maior que é impedir a eliminação de concorrência (art. 54, III).⁴⁸³

Ademais, o juiz ressalta que as regras devem ser interpretadas em consonância com o princípio da boa-fé subjetiva.

Por consequência, as normas lembradas pela apelante devem ser devidamente valorizadas dentro do ordenamento jurídico, que é amalgamado por princípios inibidores da má-fé contratual e enriquecimento ilícito. E na interpretação dos contratos deve-se prestigiar a boa-fé. E esta é incompatível com o comportamento de alguém que, livre para celebrar contrato de locação não residencial, aperfeiçoa a avença com o prévio objetivo de não a honrar.⁴⁸⁴

Nesse sentido, os magistrados, por unanimidade, mantiveram a sentença quanto à rescisão da locação por inobservância da cláusula de raio.

3.5.1.1 Comentários à apelação sem revisão no caso *shopping center* Morumbi x Mei Mei Comercial Ltda.

O julgamento ocorreu em 29 de novembro de 1995.

O juiz relator não analisou o mercado relevante para afirmar que a conduta não gera impactos à concorrência. Ademais, não observou que ao restringir com quais empreendedores os lojistas contratam, esses terão dificuldades em constituir um *tenant mix* que possa de fato concorrer com os outros *shopping center*.

Outrossim, o juiz pauta o fundamento da decisão na liberdade contratual, sem observar os seus limites (ver item 1.5). Além disso, ele não considera a imprescindibilidade dos *shopping centers* para os lojistas (ver item 1), o que os obriga a aceitar disposições contratuais que não são benéficas.

⁴⁸³ Id.

⁴⁸⁴ Ibid., p. 124/125.

Observa-se que foi utilizado o princípio da boa-fé subjetiva para embasar a decisão do magistrado, o oposto da má-fé. De acordo com o magistrado, a parte que celebra um contrato de locação pensando em não honrá-lo age de má-fé. No entanto, o magistrado não observou que o empreendedor, ao impor uma situação iníqua ao contratante com a previsão da cláusula de raio, em razão da necessidade do lojista de se fixar no *shopping center*, viola a boa-fé objetiva, se o contrato for de adesão.

Caso se trate de um contrato negociado poderá haver a previsão da cláusula de raio. Posteriormente, caso ocorra o desequilíbrio contratual, a parte prejudicada poderá pedir a revisão contratual. Nas duas hipóteses (contrato de adesão ou negociado) se estará dando concretude ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa.

3.5.2 Recurso especial no caso shopping center Morumbi x Mei Mei Comercial Ltda.

O recurso especial teve como objeto decisão de procedência proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em ação de despejo que declarou como válida a cláusula de raio imposta pelo *shopping center* Morumbi aos lojistas. Apesar de o STJ não conhecer do recurso especial, ele abordou aspectos da cláusula de raio.

O recorrente (lojista – Mei Mei Comercial Ltda) “[...] sustenta que a ordem econômica, sendo regida por normas que consagram o princípio constitucional da livre iniciativa e asseguram a livre concorrência, não admite a estipulação de cláusulas que, como na espécie, impedem o livre exercício e desenvolvimento do comércio”.⁴⁸⁵

O ministro relator observa que

[...] em tema de locação em Shopping Center, a nova Lei do Inquilinato estabelece que nas relações entre locador e locatários lojistas prevalecem as condições previstas nos respectivos contratos locatícios, em virtude das peculiaridades próprias desse tipo de empreendimento, que envolve um complexo de atividades, o que autoriza a pactuação com base em escritura de normas gerais, a que se vincula o locatário.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 123.847. Sexta Turma. Rel. Min. Vicente Leal. Julgado em: 17 jun. 1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=199700184455&dt_publicacao=02/02/1998> Acesso em: 10 mar. 2014, p.5.

⁴⁸⁶ Id.

Por conseguinte, o ministro reconheceu que a cláusula pode ser pactuada entre as partes em razão da liberdade contratual. No entanto, com fulcro no disposto na súmula nº 5 do STJ⁴⁸⁷ o ministro não analisou a validade da cláusula.⁴⁸⁸

O ministro Luiz Vicente Cernicchiaro acompanhou o voto do relator. No entanto, ele observou que se a cláusula estabelecesse uma distância que não fosse razoável, ela deveria ser considerada leonina. No caso concreto o raio era de 2 (dois) quilômetros, distância que o ministro considerou adequada para que não ocorresse a concorrência entre a loja e o *shopping center*.⁴⁸⁹

3.5.2.1 Comentários ao recurso especial no caso *shopping center* Morumbi x Mei Mei Comercial Ltda.

Neste caso o STJ, apesar de não analisar o mérito, considerou aspectos pontuais acerca da cláusula de raio. No entanto, a análise ficou voltada somente para aspectos *inter partes* e não se cogitou a hipótese de considerá-la ilícita por consistir em infração à ordem econômica. Em momento algum fala-se em fixação do mercado relevante para a análise de abuso de poder econômico.

Ademais, na decisão não foi perquirido se a cláusula observa os parâmetros previstos no item 2.7.

O raciocínio do ministro relator é pautado na liberdade contratual. A decisão foi proferida no ano de 1997, época que ainda estava em vigor o Código Civil de 1916, marcado pelo individualismo. O Código Civil de 2002 trouxe previsão expressa de que a liberdade contratual deveria ser mitigada pela função social do contrato. Desse modo, se essa decisão tivesse sido proferida após a vigência do Código Civil de 2002, certamente ela deveria observar se a cláusula de raio, como foi disciplinada, trazia ou não externalidades negativas para terceiros. Caso trouxesse, seria uma cláusula violadora da função social dos contratos, logo deveria ser declarada nula, nos termos do artigo 2.035, parágrafo único, do Código

⁴⁸⁷ “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.”

⁴⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 123.847. Sexta Turma. Rel. Min. Vicente Leal. Julgado em: 17 jun. 1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=199700184455&dt_publicacao=02/02/1998> Acesso em: 10 mar. 2014, p.8.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 8.

Civil.⁴⁹⁰

No voto vista, o ministro Luiz Vicente Cernicchiaro analisa a concorrência entre o lojista e o *shopping center* e considera o raio de 2 (dois) quilômetros como sendo razoável para a proteção do empreendimento *shopping center*. No entanto, ele deixa de considerar que a cláusula pode consistir em uma barreira à entrada de um novo concorrente ao desestimular que um novo *shopping center* se instale na região do *shopping center* Morumbi, já que ele não poderia contratar com diversos lojistas, ou impedir que um *shopping center* já em funcionamento se torne um efetivo concorrente. Para que essas externalidades negativas não ocorressem a cláusula de raio deveria necessariamente ser limitada no tempo.

3.5.3 Apelação no caso shopping Iguatemi São Paulo x Valdac Ltda.

A sentença reconheceu a invalidade da cláusula de raio por ser contrária aos “[...] princípios da livre iniciativa e da livre concorrência”⁴⁹¹ e julgou improcedente o pedido contido na ação de despejo cumulada com resolução contratual. Sendo assim, o *shopping* Iguatemi apelou alegando a validade da cláusula de raio.⁴⁹²

Sustenta que a cláusula não fere os princípios da livre iniciativa, livre concorrência e tampouco impõe barreiras à entrada de novos agentes econômicos. Aduz, outrossim, que entre o empreendedor e os lojistas existe uma relação de parceria, dependendo o êxito do *shopping center* do conjunto de lojas e utilidades que ele oferece, ou seja, do seu “*tenant mix*”.⁴⁹³

Além disso a apelante afirma que “[...] a cláusula de raio tem a virtude de buscar o equilíbrio da relação entre shopping e lojistas, sendo livremente negociada entre as partes contratantes, respeitando os limites da função social do contrato e da boa-fé objetiva”.⁴⁹⁴

⁴⁹⁰ Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

⁴⁹¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 9219951-28.2009.8.26.0000. Trigésima Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 21 set. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5420429&cdForo=0>>. Acesso em: 12 mar. 2014, p. 6.

⁴⁹² Ibid., p. 3.

⁴⁹³ Id.

⁴⁹⁴ Id.

Ademais, de acordo com a apelante “[...] a cláusula de raio beneficia a todos, lojistas, Shopping *Iguatemi* e a própria concorrência [...]”.⁴⁹⁵ A apelada (VALDAC LTDA), de acordo com o desembargador, ao se instalar no *shopping* Eldorado infringiu a cláusula de raio⁴⁹⁶, que foi considerada válida em ação declaratória entre as mesmas partes.⁴⁹⁷

O desembargador ao rechaçar a tese da invalidade da cláusula de raio arguida pela apelada afirma:

Tais disposições de não-concorrência nos “*Shopping Centers*” visam resguardar os interesses de tais centros comerciais que, na complexa e peculiar atividade desenvolvida, procuram organizar seu espaço físico de maneira estratégica, formando o seu “*tenant mix*” com vistas a atrair o público-alvo por eles definido.⁴⁹⁸

Logo,

[...] o *shopping center*, em si mesmo, apesar de destituído de personalidade jurídica, é objeto de proteção do direito concorrencial, tanto em relação a terceiros, como também nas relações entre os próprios comerciantes com estabelecimentos nele localizados. Isso justifica, na prática universal dos *shoppings centers*, a existência de regras definidoras de uma política comercial comum, tanto disciplinadoras das atividades concorrentes quanto indicativas das atividades anexas que podem ser exercidas por cada lojista em concorrência com as dos demais lojistas do centro comercial.⁴⁹⁹

Dessa forma, o fundamento de validade da cláusula de raio estaria “[...] na necessidade de assegurar a clientela do centro comercial e, por consequência, o faturamento e a própria continuidade do negócio”.⁵⁰⁰

O desembargador argumenta que

[...] a cláusula de raio instituída pelo *Shopping Center Iguatemi* busca, por meio de um mecanismo jurídico absolutamente válido, proteger a clientela do centro comercial, pois foi estipulada de forma convencional, contando com o prévio conhecimento e aceitação dos lojistas nele instalados. Ademais, dirigindo-se indistintamente a todas as atividades comerciais desempenhadas nas instalações do *shopping center*, delimitou suficientemente a abrangência espacial da proibição de

⁴⁹⁵ Id.

⁴⁹⁶ Ibid., p.5.

⁴⁹⁷ Ibid., p. 6.

⁴⁹⁸ Ibid., p. 9.

⁴⁹⁹ Ibid., p. 10.

⁵⁰⁰ Ibid., p. 11.

concorrência, que alcança um raio de apenas 2,5 km (dois quilômetros e meio) do centro do terreno do *Shopping Center Iguatemi*, distância esta plenamente razoável quando comparada à larga extensão da metrópole de São Paulo. Assim, diversamente do que tenta fazer crer a empresa ré, a cláusula de raio instituída pelo *Shopping Iguatemi* não se revela genérica e abusiva, mas sim precisa em sua delimitação no espaço e fundada na necessidade de proteger a clientela do centro comercial, o que reverte em favor dos próprios lojistas.⁵⁰¹

O desembargador refuta a tese da apelada de que a cláusula de raio afrontaria a livre concorrência ou a livre iniciativa. A seu ver:

Não procede a tese de que a cláusula de raio atentaria contra a livre concorrência ou livre iniciativa, incorrendo nos artigos 20, inciso I, e 21, incisos IV e V, da Lei n. 8.884/94 [Art. 36, I e §3º, III e IV da Lei n. 12.529/2011]. Afinal, a disposição convencional não institui proibição absoluta de instalação de novas lojas da grife “*Siberian*” e nem mesmo estabelece limitação geográfica abusiva ou excessiva à instalação das lojas pela empresa ré, pois a distância de 2,5 km (dois quilômetros e meio) não se afigura tão expressiva em uma cidade extensa como São Paulo, de maneira que fica assegurada à apelante a possibilidade de instalação e manutenção de lojas da rede em vários outros pontos da cidade, como em ruas localizadas a partir de tal distância e em vários outros centros comerciais, como *Shopping Center Higienópolis*, *Shopping Bourbon*, *Shopping Morumbi*, *Shopping Center Norte*, *Shopping Jardim Sul*, entre diversos outros localizados na capital paulista.⁵⁰²

Além disso, mencionou que a cláusula de raio é convencional, logo conta “com a aceitação e manifestação de vontade dos lojistas instalados no *Shopping Iguatemi*, entre eles a empresa ré”.⁵⁰³ Em síntese,

[...] a debatida cláusula não visa impedir ou mesmo desestimular a inauguração de novas lojas “*Siberian*” no mercado, mas tão-somente obstar sua instalação em localidade muito próxima ao centro comercial, em uma distância inferior a 2.500 metros, de modo legítimo, para o fim de evitar que a nova loja faça concorrência direta com o centro comercial como um todo. Por se tratar de disposição convencional, percebe-se que a restrição encontra apoio dos próprios lojistas, até porque a proteção da clientela do centro comercial resulta, em última análise, na preservação do próprio negócio mantido pelos empresários que ali estão instalados.⁵⁰⁴

O desembargador reconhece o poder econômico do *shopping Iguatemi*, no entanto afirma:

⁵⁰¹ Ibid., p. 12.

⁵⁰² Ibid., p. 14.

⁵⁰³ Ibid., p. 15.

⁵⁰⁴ Ibid., p. 15/16.

[...] o *Shopping Iguatemi*, a par de seu notório predomínio no mercado, não chega a abusar de sua posição, havendo amplo espaço para os demais centros comerciais e comerciantes em geral, tanto é que a cidade de São Paulo constitui um pólo comercial que se destaca pela vasta variedade de bens de consumo e serviços oferecidos nos múltiplos pontos comerciais espalhados pela cidade. Cumpre admitir, portanto, que a estipulação de simples cláusula de raio, ao inserir uma pontual limitação geográfica à atividade comercial dos lojistas estabelecidos no *Shopping Iguatemi*, não chega ao ponto de inviabilizar sua atividade e nem mesmo alijar os concorrentes instalados nas proximidades do centro comercial. No presente caso, o exercício do poder econômico pelo *Shopping Iguatemi* não causa lesão às estruturas de livre mercado.⁵⁰⁵

Ao final, o desembargador afirma:

[...] sob os mais diversos ângulos em que se possa analisar a questão, forçoso concluir pelo caráter vinculativo da cláusula de raio na presente relação locatícia, de modo que a ela a empresa ré devia observância no presente caso. Porém, não o fazendo, caracteriza-se a infração contratual capaz de ensejar a resolução do contrato de locação por inadimplemento [...]⁵⁰⁶

Julgada na mesma data da apelação nº 9219951-28.2009.8.26.0000, a apelação nº 9081097-88.2008.8.26.0000⁵⁰⁷, que tem as mesmas partes, se ateve aos mesmos fatos e fundamentos desta. O mesmo ocorreu com a apelação nº 9128982-64.2009.8.26.0000⁵⁰⁸.

3.5.3.1 Comentários à apelação no caso *shopping Iguatemi São Paulo x Valdac Ltda.*

O desembargador argumentou, em síntese, a necessidade de preservação do *tenant mix* (ver item 1.3). Ademais, ele considera que a cláusula de raio pode ser considerada válida por ser convencionada entre as partes (ver item 1.4). Contudo, ele não considerou o fato de o contrato de *shopping center*, em regra, ser um contrato de adesão (ver item 1.6).

Além disso, quanto a aspectos concorrenciais, o desembargador não analisa a

⁵⁰⁵ Ibid., p. 17/18.

⁵⁰⁶ Ibid., p. 20.

⁵⁰⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 9081097-88.2008.8.26.0000. Trigesima Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 21 set. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=5420415&cdForo=0>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

⁵⁰⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 9128982-64.2009.8.26.0000. Trigesima Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 21 set. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=5420424&cdForo=0&v1Captcha=axjea>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

limitação temporal e material, ele se limita a afirmar, no aspecto espacial, que a distância fixada é razoável (ver item 2.7). Ademais, para considerar se a conduta constitui um ilícito concorrencial o raio deve ser analisado dentro do mercado relevante e não deve ser considerada toda a cidade de São Paulo no aspecto geográfico.

O desembargador, ao tentar refutar a tese de que a cláusula de raio não afronta à livre concorrência, em razão de o lojista poder se fixar fora do raio estabelecido, tenta afastar a não violação ao princípio da livre concorrência entre o lojista e o *shopping center*. No entanto, o próprio *shopping center* considera que se o lojista se fixar fora do raio estabelecido por ele não haverá riscos ao empreendimento *shopping center* no aspecto concorrencial. Outrossim, para afastar a restrição à livre concorrência, ele deveria ter argumentado que a cláusula de raio não restringe o exercício da empresa pelos demais empreendedores de *shopping center*. Contudo, ele não o fez. Ademais, observa-se que o argumento trazido pelo desembargador seria mais plausível para elidir o argumento da restrição à livre iniciativa do lojista.

Outro ponto falho na argumentação do desembargador foi o fato de ele ter reconhecido o poder econômico do *shopping Iguatemi*, que pressupõe poder de mercado, sem ter analisado o mercado relevante dele, e ainda afirma que a conduta não constitui ameaça à ordem econômica. Contudo, fato é que a fixação da cláusula de raio em um contrato de adesão de locação em *shopping center*, por um agente que detém poder econômico, sem se valer dos parâmetros concorrenciais (ver item 2.7), acarreta em barreira artificial à entrada de concorrente.

Outrossim, o desembargador argumentou que a fixação da cláusula de raio é fruto da liberdade contratual, sem se ater ao fato que esta é restringida por normas de ordem pública. (ver item 1.5).

3.5.4 Embargos de declaração no caso shopping Iguatemi São Paulo x Valdac Ltda.

A embargante Valdac Ltda. alega que houve omissão quanto ao pedido de reconhecimento de abusividade da cláusula de raio.⁵⁰⁹

⁵⁰⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nº 9128982-64.2009.8.26.0000/50002. Trigesima Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 09 nov. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=199700184455&dt_publicacao=02/02/1998>. Acesso em: 12 mar. 2014, p. 7.

A embargante questiona a finalidade que o julgado atribuiu à cláusula, confrontando-a com a informação nos autos de que a abertura de nova loja no *shopping* concorrente situado dentro do raio de 2,5km não teria afetado negativamente o faturamento da loja estabelecida no *Shopping Center Iguatemi*.⁵¹⁰

O desembargador esclareceu que

O aresto deixou consignado que se reconhece a tais cláusulas uma natureza convencional, eis que estipuladas pelos próprios lojistas, e assim como as cláusulas de interdição de concorrência em geral, encontram fundamento na necessidade própria do centro comercial, de assegurar sua clientela e, por conseguinte, o faturamento e a continuidade do negócio, o que é buscado tanto no interesse do *shopping center* quanto do próprio lojista que nele se instala. Esse é o sentido que se extrai para a livre estipulação das chamadas cláusulas de raio, pois em tese tem a função de proteger o centro comercial e, em última análise, a atividade comercial [...]⁵¹¹

Ademais, como a cláusula de raio foi considerada válida é irrelevante analisar se no caso concreto a nova loja gerou prejuízos ao faturamento da loja anterior.⁵¹²

Afinal, a cláusula de raio é prevista na relação contratual entre as partes abstratamente, com a função de proteger o centro comercial da concorrência, e sua existência sempre foi de conhecimento da empresa embargante, conforme ressaltado no acórdão. Note-se, outrossim, que a cláusula debatida tem uma abrangência geral, dirigindo-se indistintamente a todos os lojistas, de modo que não deve ser restrita apenas a alguns lojistas e situações determinadas.⁵¹³

Quanto à abertura do empreendimento “JK Iguatemi” no perímetro delimitado pela cláusula de raio, o desembargador ressalta que esse fato não foi arguido na apelação e que, ademais, não se amolda à vedação da cláusula de raio, porque a abertura do empreendimento foi pelo empreendedor e não pelo lojista.⁵¹⁴

No que tange à alegação de a questão não ter sido analisada à luz do direito concorrencial, o desembargador afirma que “[...] o julgado manifestou-se expressamente sobre a não caracterização de abuso de poder econômico, e a inexistência de ofensa aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa [...]”.⁵¹⁵

⁵¹⁰ Ibid., p. 8.

⁵¹¹ Ibid., p. 8/9.

⁵¹² Ibid., p. 9.

⁵¹³ Ibid., p. 9/10.

⁵¹⁴ Ibid., p. 10.

⁵¹⁵ Ibid., p. 11.

O desembargador acolheu os embargos de declaração no que tange à omissão da declaração de abusividade da extensão da cláusula de raio “[...] às empresas das quais a locatária [...] participe ou venha a participar ou com quem tenha vínculo comercial. Tais empresas estarão impedidas de atuar no mesmo ramo de atividade explorado [...] junto ao *Shopping Center Iguatemi* [...]”.⁵¹⁶

Quanto à validade ou não dessa cláusula o desembargador considerou os mesmos argumentos adotados para declarar a validade da cláusula de raio. Sendo assim, ele afirma que a extensão justifica-se pela

[...] necessidade de preservação do *tenant-mix* do centro comercial, para o fim de assegurar a clientela desejada e a própria lucratividade da atividade comercial, tanto em benefício do *shopping center* quanto do lojista nele instalado, além do fato de a cláusula ter sido livremente e conscientemente pactuada pelas partes contratantes da locação, devendo-se observância ao *pacta sunt servanda*.⁵¹⁷

Em síntese,

[...] a extensão da proibição à outras empresas que guardem relação com a locatária se mostra razoável para dar efetividade ao conteúdo da cláusula de raio, que visa evitar a participação dos locatários em empresas que passem a explorar o mesmo ramo de atividade nas proximidades, em franca concorrência à atividade comercial já exercida pelo lojista no *Shopping Center Iguatemi*.⁵¹⁸

No que pese o acolhimento parcial dos embargos, não houve alteração dos efeitos do julgado.

Os embargos de declaração nº 9081097-88.2008.8.26.0000/50001⁵¹⁹, que teve as mesmas partes e foi julgado pelo mesma câmara, foram rejeitados por unanimidade. O desembargador se ateve, no geral, aos mesmos fundamentos e debates dos embargos de declaração nº 9128982-64.2009.8.26.0000/50002.

Contudo, ele considerou que não se deve falar em omissão na análise da extensão da cláusula de raio às sociedades em que a locatária seja sócia ou tenha qualquer vínculo, pois a infração foi cometida pela própria locatária e “[...] o comando contido na cláusula dirige-se a

⁵¹⁶ Ibid., p. 13.

⁵¹⁷ Ibid., p. 14.

⁵¹⁸ Id. 14.

⁵¹⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nº 9081097-88.2008.8.26.0000/50001. Trigesima Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 09 nov. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5530653&cdForo=0>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

outras empresas, das quais a locatária possa vir a participar [...]”.⁵²⁰

Os demais pontos dos embargos de declaração dizem respeito ao despejo, o que é irrelevante para o presente estudo.

3.5.4.1 Comentários aos embargos de declaração no caso *shopping* Iguatemi São Paulo x Valdac Ltda.

O desembargador considerou que a cláusula de raio se justifica para a manutenção do estabelecimento *shopping center*. No entanto, ele deixa de analisar se a cláusula de raio desequilibra o contrato de locação em *shopping centers*, em regra de adesão, que sem a cláusula de raio ficaria equilibrado, tendo em vista que o empreendedor é remunerado por todo o esforço realizado para a manutenção do *tenant mix* com a persecução do aluguel percentual (ver item 1.5). Ademais, ele deixa de observar o fato de a cláusula de raio colocar o empreendedor em uma situação cômoda, porque ele tem que envidar menos esforços na manutenção do *tenant mix* atrativo.

Outro ponto relevante dessa decisão foi a extensão da cláusula às sociedades empresárias que a locatária participe ou venha a participar ou com as quais ela tenha vínculo e atuem no mesmo ramo da referida sociedade. A extensão da cláusula é coerente com o objetivo da preservação do *tenant mix* (ver item 1.4).

No entanto, a restrição no aspecto material deveria se limitar ao mesmo público alvo, porque existem marcas que atendem a diversos segmentos. Por conseguinte, se o lojista atende o público infantil no empreendimento objeto da cláusula de raio e no outro vai atender o público adulto, a cláusula de raio não se justifica para a preservação do *tenant mix*.

Outrossim, a cláusula de raio sempre deve ser limitada no aspecto temporal, tanto na hipótese em que se faz a análise sob o aspecto civil-empresarial (quando se tratar de um contrato negociado – ver item 1.6), quanto no âmbito do direito da concorrência (ver item 2.7).

3.5.5 Agravo de instrumento no caso Sindicato dos Lojistas de Porto Alegre x shopping

⁵²⁰ Ibid., p.13.

Iguatemi Porto Alegre

O Sindicato dos Lojistas de Porto Alegre interpôs agravo de instrumento contra a decisão *a quo* que “[...] visava impedir a aplicação de penalidades pelas agravadas [Shopping Iguatemi de Porto Alegre - ANCAR Empreendimentos Comerciais S.A e outras-] por ocasião do cumprimento da denominada ‘cláusula de raio’”.⁵²¹

A agravante alega

[...] que as agravadas são empreendedoras e gestoras do Shopping Iguatemi de Porto Alegre, locando os espaços comerciais para lojistas. Ocorre que nos contratos de locação há disposição proibindo os lojistas de possuir outro estabelecimento comercial dentro de um raio de 3.000 metros (cláusula de raio). Caso desrespeitada tal regra, os lojistas sofrerão acréscimo de 1% no locativo mensal, e o aluguel mensal mínimo reajustável será devido em dobro [...].⁵²²

A agravante argumenta que a conduta das agravadas constitui “[...] infração à Lei 8.884/94 [Lei nº 12.529/2011], por caracterizar posição dominante para prejudicar a concorrência efetiva ou potencial, assim como mencionou existir abuso do poder econômico das rés/gravadas”.⁵²³

O desembargador deferiu o “[...] pedido de tutela antecipada recursal [...] para fim de suspender a decisão agravada e determinar que os agravados não pratiquem qualquer ato visando coagir os locatários/lojistas do Shopping Iguatemi a cumprir a denominada ‘cláusula de raio’”.⁵²⁴ No entanto, ele considera: “A princípio, não se pode falar em ilegalidade por haver previsão de ‘cláusula de raio’ nas normas gerais de *shopping centers*, pois tal previsão decorre da autonomia privada dos contratantes, que, em tese, podem ajustar os respectivos direitos e obrigações”.⁵²⁵

⁵²¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 700385853013. 10ª Câmara Cível. Relator Des. Ergio Roque Menine. Julgado em: 27 jan. 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70038585303&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>> . Acesso em: 12 de mar. 2014, p. 4/5.

⁵²² Ibid., p. 2/3.

⁵²³ Ibid., p. 3.

⁵²⁴ Id.

⁵²⁵ Ibid., p. 6.

Contudo, o desembargador reconhece que

[...] a “cláusula de raio”, quando usada de forma abusiva, pode e deve ser considerada ilícita, notadamente quando viola preceitos da ordem econômica e dos direitos dos consumidores, porquanto, nesse caso, não se trata apenas de interesse privado, mas sim de interesse público, da coletividade. Nesse sentido, o art. 20, inc. I, da Lei 8.884/1994 [Art. 36, I da Lei nº 12.529/2011] diz que constitui infração contra a ordem econômica qualquer ato que prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa. Também constituiu infração à ordem econômica limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; ou criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente, nos termos do art. 21, incs. IV e V, da Lei 8.884/1994 [Art. 36, §3º, III e IV da Lei nº 12.529/2011].⁵²⁶

Ademais, o desembargador considerou que

[...] é possível vislumbrar violação aos dispositivos do CDC, pois a ‘cláusula de raio’ limita a abertura de novos estabelecimentos nos arredores [do] Shopping Iguatemi, induzindo os consumidores a freqüentarem apenas as dependências deste centro de compras. Significa dizer que os consumidores serão diretamente prejudicados caso prevaleça a ‘cláusula de raio’ em foco, na medida [em] que não terão a faculdade de escolher qual *shopping center* atende melhor aos seus interesses, e tal situação, por si só, revela existir interesse coletivo, público pela própria natureza, que merece controle pelo Poder Público.⁵²⁷

Desse modo, ele deferiu o pedido de tutela antecipada para que a agravada não imponha as sanções previstas no contrato, caso os lojistas descumpram a cláusula de raio.⁵²⁸

3.5.5.1 Comentários ao agravo de instrumento no caso Sindicato dos Lojistas de Porto Alegre x *shopping* Iguatemi Porto Alegre

Sem fazer análise dos aspectos material, temporal ou espacial, o desembargador reconhece que a cláusula pode restringir a livre concorrência. A argumentação é válida porque em cognição precária ele reconhece a possibilidade de a cláusula de raio consistir na imposição de barreira artificial à entrada de novo concorrente.

Além disso, ele traz uma argumentação inovadora nos tribunais judiciais na análise da

⁵²⁶ Id.

⁵²⁷ Ibid., p. 7/8.

⁵²⁸ Ibid., p. 9.

cláusula de raio: possibilidade de prejuízos aos consumidores que ficam obrigados a frequentar um *shopping center* específico. Ademais, a concorrência tem como consequência a prestação de serviços melhores, o que beneficia os consumidores.

O desembargador poderia ter aprofundado mais a análise da questão, de forma a antecipar o provimento final. Isso porque, o raio da cláusula em debate é de 3.000 (três mil) metros, distância demasiadamente longa para impedir o desvio de clientela pelo lojista que se instala na área de influência do *shopping center* delimitada pela cláusula (item 2.7).

Ademais, o desembargador poderia ter observado se o contrato é ou não de adesão. Caso se trate de um contrato de adesão, a cláusula sempre será considerada abusiva, por ferir a boa-fé objetiva, diante da conjugação desta com a cláusula de aluguel percentual (ver item 1.6).

3.5.6 Apelação no caso North Shopping x Lojas Americanas S/A

O North Shopping ajuizou ação em face de Lojas Americanas S/A com o objetivo de impedi-la “[...] de manter filial no Shopping Center Benfica, em virtude de cláusula contratual que a proíbe de possuir outro estabelecimento dedicado ao mesmo ramo de atividade dentro de um raio de 5.000 (cinco mil) metros, contados do centro do terreno do North Shopping”.⁵²⁹

De acordo com o North Shopping

[...] nos termos do art. 54 da Lei do Inquilinato, devem prevalecer as condições contratuais livremente pactuadas entre as partes, mormente por se tratar de relação entre lojista e empreendedor de shopping center. Ademais, alega que, por estar sendo obrigado a dividir o faturamento da loja localizada no North Shopping com a loja instalada no Shopping Benfica, estaria sofrendo prejuízos de ordem patrimonial.⁵³⁰

A Lojas Americanas S/A, por sua vez, “[...] sustenta: a nulidade da "cláusula de raio" inserida no contrato avençado entre as partes [...]”.⁵³¹

⁵²⁹ CEARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 76043554200080600011. 2ª Câmara Cível. Rel. Desa. Gizela Nunes da Costa. Julgado em: 22 dez. 2006. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 1 mar. 2014, p. 3.

⁵³⁰ Id.

⁵³¹ Ibid., p. 9.

Na sentença o juiz julgou procedente o pedido do North Shopping, condenando a Lojas Americanas S/A a fechar a loja do Shopping Benfica.⁵³² Sendo assim, a Lojas Americanas S/A interpôs recurso de apelação da decisão *a quo*.

Em sede de recurso de apelação, a desembargadora afirma:

O princípio da livre concorrência, próprio das economias de mercado e tomado na sua acepção literal, diz respeito à possibilidade de que o próprio mercado se autoregule, apresentando por si próprio os mecanismos de sobrevivência, fato este que somente se torna possível através das intensas rivalidades geradas pelas desigualdades entre os participantes desta instigante luta.⁵³³

Contudo ela reconhece que

[...] a livre concorrência com assento no texto constitucional não tem caráter absoluto, pois, se assim o fosse, os mercados não sobreviveriam, visto que se trataria do chamado "capitalismo selvagem", em que a força do poder econômico simplesmente cuidaria de destruir por completo a economia capitalista, uma vez que poucos se manteriam de pé, face aos abusos decorrentes desta prática anti-concorrencial. Assim sendo, a mesma Carta da República de 1988, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, também cuidou dos abusos do poder econômico, criando limites ao princípio da livre concorrência, mesmo porque o poderio econômico é uma realidade que não poderia deixar de ser enfrentada.⁵³⁴

Os limites “[...] ao abuso do poder econômico têm por escopo a proteção do próprio mercado, impedindo a sua dominação, fato este que também se dá com a eliminação da concorrência, e o aumento arbitrário dos lucros, finalidade esta que reprime práticas abusivas contra os consumidores”.⁵³⁵

A partir das considerações acerca do direito da concorrência a desembargadora afirma:

[...] a chamada "cláusula de raio", imposta pelo Shopping Center apelado, não se coaduna com as restrições legais atinentes ao abuso do poder econômico e à livre concorrência [...] Com efeito, a impossibilidade de a apelante, com filial no Shopping Center apelado, abrir novos estabelecimentos comerciais em um raio de 05 (cinco) quilômetros afigura-se nesta sede irrazoável, porquanto prejudica a livre concorrência, na medida em que visa tão somente a dominação do mercado pelo North Shopping [...] Ademais, estreme de dúvidas que a referida cláusula objetiva não só o aumento do faturamento geral do Shopping Center apelado, mas também o monopólio, ou seja, a exclusividade de algumas lojas em seu espaço, prática esta que vai de encontro ao disposto no art. 20, incisos I e II, da Lei nº 8.884/94 [Art. 36, I e

⁵³² Ibid., p. 8.

⁵³³ Ibid., p. 13.

⁵³⁴ Ibid., p. 14.

⁵³⁵ Ibid., p. 14/15.

II da Lei nº 12.529/2011], porquanto limita, abruptamente, o acesso do cliente aos serviços oferecidos pelos centros comerciais concorrentes.⁵³⁶

A desembargadora ainda reconheceu que a cláusula gera efeitos para os consumidores e interfere na liberdade de iniciativa dos lojistas.

Calha consignar ainda que, em casos como o ora tratado, a escolha entre uma loja em um centro comercial e a mesma loja situada em outro local deve ser de iniciativa exclusiva do próprio consumidor, diante de sua conveniência, o qual deve ser atraído por promoções, facilidades de acesso, segurança, conforto, lazer, variedade de opções, proximidade de casa ou do local de trabalho etc., e não por "atos invisíveis", como é o caso das cláusulas contratuais, que terminariam por influir na opção da classe consumista. Poder-se-ia assim afirmar que a manutenção da vigência da cláusula em debate, além de direcionar o consumidor para uma determinada localidade, impede o lojista, que contratou com o Shopping Center que impôs a "cláusula de raio", de atuar livremente no mercado, expandindo-se para as localidades que lhe aprouverem, acarretando grave restrição ao princípio da liberdade de iniciativa.⁵³⁷

Ao limitar a liberdade de iniciativa do lojista, a cláusula de raio pode gerar prejuízos a ele, como ponderou a desembargadora:

[...] [o] apelado [...] além de buscar a eliminação de seus concorrentes, pode provocar o surgimento de concorrentes para os seus próprios lojistas. Isto porque, se um determinado lojista não se instalar no outro centro comercial, certamente estarão abertas as portas para que um concorrente seu, sabendo que não existe um estabelecimento do ramo naquele local, lá procure instalar-se, diante do chamado nicho de mercado, que, mesmo visualizado pelo empreendedor, não pode por ele ser preenchido. Destarte, a precitada cláusula, imposta no contrato firmado com a apelante deve ser considerada abusiva sob a ótica do poderio econômico, pois termina por tentar fechar o mercado em favor do apelado, restringindo a concorrência através de imposições desproporcionais.⁵³⁸

Ademais, a desembargadora afirma “[...] a captação de clientes pelos centros comerciais não se dá através da imposição de cláusulas de exclusividade com os seus lojistas, mas sim mediante uma gama de serviços e facilidades em prol da classe consumerista e que advém certamente de uma competente administração”.⁵³⁹

Por conseguinte, a cláusula de raio, de acordo com ela, deve ser considerada ilegal.⁵⁴⁰ Logo, a apelação foi provida no que tange ao reconhecimento da ilegalidade da cláusula de

⁵³⁶ Ibid., p. 15.

⁵³⁷ Ibid., p. 16.

⁵³⁸ Ibid., p. 16/17.

⁵³⁹ Ibid., p. 19.

⁵⁴⁰ Ibid., p. 20.

raio, não sendo provida no pedido de indenização por danos morais formulado pela apelante.

3.5.6.1 Comentários à apelação no caso North Shopping x Lojas Americanas S/A

A argumentação de que a cláusula de raio prejudica o lojista ao impedir que ele se instale no empreendimento novo, mesmo diante da verificação de um nicho de mercado, é pertinente. Contudo, neste aspecto a desembargadora deveria ter analisado se se trata de um contrato negociado ou não. Caso fosse um contrato negociado o lojista poderia abrir mão de sua livre iniciativa, ainda que se reconheça que esta deva ser limitada no tempo (ver item 1.6).

No aspecto do direito concorrencial não foram considerados aspectos temporais e materiais (ver item 2.7). Assim como não foi analisado o mercado relevante do North *Shopping*.

Como se observa, a cláusula não restringe a vedação para outros *shopping centers*; por conseguinte, a cláusula no âmbito do direito concorrencial de fato deveria ter sido considerada abusiva. Além do mais, o raio de cinco quilômetros, ainda que pudesse ser admitido no aspecto civil-empresarial no contrato negociado, jamais seria admitido no âmbito do direito da concorrência.

Como ponto positivo da decisão, no aspecto concorrencial, há o reconhecimento do abuso do poder econômico e o fato de a cláusula de raio ser uma conduta tendente ao fechamento de mercado. No entanto, a decisão não informa se haveria um raio que pudesse ser considerado razoável.

Ademais a argumentação também foi relevante ao considerar que a restrição à livre iniciativa dos lojistas acarreta no direcionamento do comportamento dos consumidores, que ficam limitados na escolha do *shopping center*.

3.5.7 Apelação no caso shopping Parque Dom Pedro x shopping Iguatemi Campinas

O *shopping* Parque Dom Pedro propôs ação contra o *shopping center* Iguatemi Campinas “[...] sustentando, em síntese, ter grandes dificuldades em atrair novos negócios para seu empreendimento, pois o requerido impõe nos contratos com seus lojistas cláusula de

exclusividade, que impede que eles se instalem ou mantenham outro estabelecimento no shopping do autor”.⁵⁴¹

A demandante “Afirma que tal cláusula transpõe os limites do razoável constituindo manifesto e ilegítimo entrave à concorrência e à livre iniciativa. Requer seja a cláusula excluída dos contratos já existentes, bem como seja o demandado obrigado a não inseri-la nos contratos futuros”.⁵⁴²

A sentença julgou procedente o pedido. Logo, ordenou que a cláusula de raio fosse excluída dos contratos celebrados entre a apelante e os lojistas.⁵⁴³ O *shopping center* Iguatemi Campinas em razão da procedência da ação recorreu alegando

[...] a ilegitimidade ativa e a falta de interesse de agir do apelado, pois está pleiteando em nome próprio interesse alheio de alguns lojistas e porquanto seu interesse é meramente econômico. Afirma que não restou demonstrado o efetivo prejuízo, estando evidenciada a carência da ação. Destaca a importância da cláusula de exclusividade para o "tenant mix " e que esta não fere os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Assevera, ainda, que entre o empreendimento e lojistas existe uma verdadeira parceria, que lhe garante a participação direta no faturamento das lojas. Entende que a razão de ser da cláusula de exclusividade é justamente a busca de um equilíbrio na relação "shopping"-lojistas e que esta é livremente negociada. Pugna, destarte, pela extinção da ação, por falta interesse de agir ou pela ilegitimidade de parte. Requer, ainda, o provimento do recurso.⁵⁴⁴

O desembargador acolheu a tese da ilegitimidade ativa. De acordo com ele “Resta claro que a relação jurídica material estabelecida, abrange somente o apelante e cada lojista contratante, não havendo qualquer indício de que tenha o autor, ora recorrido, participado das negociações”.⁵⁴⁵

3.5.7.1 Comentários à apelação no caso *shopping* Parque Dom Pedro x *shopping* Iguatemi Campinas

⁵⁴¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 9141779-43.2007.8.26.0000. 25ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Marcondes D’Ângelo. Julgado em: 10 fev. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5300987&cdForo=0>> Acesso em: 15 fev. 2014, p. 3.

⁵⁴² Ibid., p. 3.

⁵⁴³ Id.

⁵⁴⁴ Ibid., p. 3/4.

⁵⁴⁵ Ibid., p. 5.

O desembargador desconsiderou os efeitos que a cláusula de raio pode acarretar à ordem econômica e se ateu à relação contratual estabelecida entre as partes, sem observar o princípio da função social do contrato previsto no artigo 421 do Código Civil. Em atendimento ao princípio da função social do contrato o terceiro pode interferir em uma relação contratual da qual ele não faça parte. Trata-se da mitigação do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos.

A cláusula de raio ao restringir a livre iniciativa dos lojistas pode gerar efeitos a terceiros. Ao impossibilitar que o lojista contrate com outro empreendedor no raio específico, a cláusula de raio impede que ele crie um *tenant mix* tão diferenciado quanto ao do *shopping center* protegido com a cláusula de raio. Dessa forma, ela impede que surjam concorrentes efetivos ao *shopping center* protegido. Esse fato gera externalidades negativas para os consumidores, tendo em vista que não surgem concorrentes e, com isso, a opção de compra dos consumidores fica restrita. As externalidades negativas também atingirão os lojistas, porque, como não surgem novos concorrentes, o preço do aluguel tende a se manter elevado e o poder contratual do empreendedor tende a se fortalecer.

3.5.8 Apelação com revisão no caso shopping D x shopping Center Norte S/A

A ação gira em torno da previsão da cláusula de raio pelo *shopping Center Norte*, “[...] que impede que uma empresa, já estabelecida no réu, abra outra loja em outro "shopping" próximo (mil metros do Shopping Center Norte)”.⁵⁴⁶

O *shopping center D* (apelante) sustenta “[...] a ilegalidade da exigência de cumprimento da cláusula em questão pelo apelado, com o desabrido intuito de frustrar o desenvolvimento de seu único concorrente na região, ou seja, os apelantes”.⁵⁴⁷

No entanto, o desembargador reconheceu a ilegitimidade ativa do *shopping center D*, tendo em vista que ele não participou da “[...] relação contratual que estipulou a chamada ‘cláusula de raio’ [...]”.⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação com Revisão nº 546.327-4/9-00. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Donega Morandini. Julgado em: 10 mar. 2009. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3511865&cdForo=0&vlCaptcha=xzcuq>> Acesso em: 12 mar. 2014, p. 5.

⁵⁴⁷ Id.

Ademais, o desembargador considerou que “A exigência de cumprimento da cláusula de raio pelo recorrido, por outro lado, encerra, em princípio, exercício regular de um direito [...]”.⁵⁴⁹

3.5.8.1 Comentários à apelação com revisão no caso *shopping D x shopping Center Norte S/A*

Vide comentários da decisão anterior.

3.5.9 Apelação com revisão no caso Via Veneto Roupas Ltda. x shopping Iguatemi São Paulo

Via Veneto Roupas Ltda ajuizou ação em face de *shopping center Iguatemi*

[...] para renovar o contrato, nas condições ali fixadas, e para declarar inválida a cláusula contratual que impede a locatária e seus sócios de também se estabelecerem no Shopping Jardim Sul, inclusive mediante a constituição de pessoa jurídica de cujo quadro societário esses personagens venham a participar, direta ou indiretamente.⁵⁵⁰

No juízo *a quo* a cláusula de raio foi considerada como manifestação de abuso de poder econômico.⁵⁵¹

O *shopping Iguatemi*, apelante,

[...] defende a validade da cláusula, que teria por finalidade preservar a parceria negocial entre o shopping e a locatária, uma das lojas "âncora" do centro comercial e que, por isso, deve se abster de incrementar a concorrência exercida por "shopping" situado nas redondezas, de mesmo padrão mercadológico, também em contrapartida à garantia da renovação compulsória do contrato, o que assegura à locatária o direito de manter essa condição indefinidamente. Argumenta inexistir abuso econômico,

⁵⁴⁸ Id.

⁵⁴⁹ Ibid., p. 5/6.

⁵⁵⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação com revisão nº 816681- 0/4. 25ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli. Julgado em: 18 out. 2005. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=3021142&cdForo=0>> Acesso em: 18 mar. 2014, p. 4.

⁵⁵¹ Ibid., p. 4.

porquanto a locatária tem a faculdade de não renovar o contrato e, assim, estabelecer-se onde melhor lhe aprouver.⁵⁵²

O desembargador reconhece que

[...] a ré não é mera locadora de espaços; realiza ela, muito além disso, complexa atividade em prol de todo o empreendimento, envolvendo desde pesquisas sobre as preferências dos consumidores efetivos e potenciais, organização de seu espaço físico de maneira estratégica e com ênfase para os principais produtos almejados por essa gama de clientes e para as principais lojas freqüentadas por seu consumidor médio, eventos voltados a atrair seu público alvo, propaganda, etc.⁵⁵³

O desembargador observa que a locação em um *shopping center* se diferencia de uma locação não residencial comum.

Toda essa atividade faz da relação entre os ora litigantes algo muito diverso e superior daquilo que se vê numa simples locação. Agem os integrantes dessas relações, sobretudo as estabelecidas entre o shopping e suas lojas principais, como parceiros de um grande negócio, do qual advêm inequívocas e expressivas vantagens recíprocas. Mas existe marcante diferença na posição dos integrantes dessa relação de parceria negocial, a saber: enquanto o shopping pode ser privado de sua loja-âncora a qualquer momento, esta tem o poder de se manter na relação enquanto bem lhe aprouver, por meio da ação renovatória.⁵⁵⁴

Caso seja negada validade a cláusula, para o desembargador:

Significa [...] dizer que a hipotética loja, depois de se lançar, adquirir fama e se consolidar no mercado, graças, também, ao empenho de seus parceiros no shopping de origem, tem a opção (a se negar valor à indigitada cláusula) de também se instalar no shopping concorrente a um custo normalmente mais reduzido, e, presente em ambos os centros comerciais, assistir à disputa entre os shoppings, em posição de muito conforto, podendo incrementar a atividade de uma das lojas, desviar clientela, etc, a seu exclusivo talante, da mesma forma que lhe é dado se manter no shopping de origem enquanto a este restarem forças.⁵⁵⁵

De acordo com o raciocínio desenvolvido, o desembargador conclui:

Não se trata de impedimento à livre iniciativa, mesmo porque o locatário tem a opção de romper a relação contratual e, assim, se instalar onde melhor lhe aprouver. Cuida-se, isto sim, de mera e relativa restrição à faculdade de ampliação da empresa,

⁵⁵² Ibid., p. 5.

⁵⁵³ Ibid., p. 9.

⁵⁵⁴ Ibid., p. 9/10.

⁵⁵⁵ Ibid., p. 10.

ajustada no âmbito da larga liberdade contratual que a lei expressamente confere nas locações celebradas entre shopping center e lojistas (Lei 8.245/91, art. 54).⁵⁵⁶

Ademais, ele afirma:

[...] se a [...] autora assim contratou ou, ainda, se simplesmente aderiu a tal cláusula, isso mostra que o negócio ainda lhe era interessante, apesar da aludida restrição. Por outra parte, admitindo-se para argumentar que a cláusula em exame maltrata o princípio da livre concorrência, a prejudicada não é a autora. Afinal, se a demandante já está instalada no shopping réu, afronta a razão supor pretender ela também se posicionar em outro centro comercial para fazer concorrência a si própria, nisso se compreendendo a concorrência sadia, não predatória. Se existe infração à livre concorrência, isso se dá em detrimento do shopping em cujo âmbito a locatária está proibida de também se instalar. Resta saber se o shopping concorrente, a quem verdadeiramente toca legitimidade para questionar proibições do gênero, a tanto se disporá, ciente de que a mesma cláusula também pode lhe ser útil, no presente ou no futuro.⁵⁵⁷

Portanto, ele considera que se fosse “[...] abstraída [...] a restrição contratual, seria perfeitamente possível, em tese, a verificação de concorrência predatória, caso a autora se instalasse no aludido shopping concorrente”.⁵⁵⁸

Para o desembargador

As mesmas razões que justificam a restrição imposta no "caput" da cláusula [locatária] também legitimam e mostram ser razoável a extensão da proibição, expressa no parágrafo único [sócios da locatária ou sociedade que a locatária seja sócia]. A não ser ela, convenhamos, abertas estariam portas largas para burla à proibição principal, vale dizer, para a constituição de empresas capazes de, em lugar da locatária, fazer-lhe as vezes no centro comercial concorrente e realizar a concorrência predatória que se procura evitar por meio da citada restrição.⁵⁵⁹

Deste modo, ele reconhece a validade da cláusula de raio.⁵⁶⁰

No voto revisor o desembargador Amorim Catuária afirma:

Quis a lei infraconstitucional travar condutas que pudessem ocasionar o domínio do mercado, a eliminação da concorrência, ou o aumento arbitrário de lucros, dando cumprimento assim, ao preceito constitucional que manda reprimir o abuso do poder econômico. Mas, o que se percebe nesta causa é que a cláusula impugnada -

⁵⁵⁶ Ibid., p. 11.

⁵⁵⁷ Ibid., p. 12.

⁵⁵⁸ Ibid., p. 18.

⁵⁵⁹ Ibid., p. 19.

⁵⁶⁰ Id.

chamada por alguns de "cláusula de raio" ou ainda, de cláusula de limitação territorial - em nada vulnera as estruturas do livre mercado.⁵⁶¹

De acordo com Amorim Catuária:

[...] a simples abolição e veto desta cláusula levaria a uma verdadeira autofagia, ao menos para o maior responsável pela captura da clientela, o Shopping empreendedor. A admissão de que o locatário em contrato de Shopping Center pode estabelecer-se por si ou por outras empresas a ele coligadas em outros empreendimentos de Shopping Center situados em território vizinho, disputando a mesma clientela é, em essência, desconfigurar o próprio negócio que envolve o empreendimento do Shopping Center. Daí a conclusão de validade da cláusula aqui tratada.⁵⁶²

Logo, o tribunal, por unanimidade, decidiu pela validade da cláusula de raio.

3.5.9.1 Comentários à apelação com revisão no caso Via Veneto Roupas Ltda. x *shopping* Iguatemi São Paulo

Na decisão *a quo* o juiz levou em consideração o direito da concorrência. No entanto, na decisão em análise considerou-se basicamente a liberdade contratual para declarar a cláusula de raio válida, sem mencionar os seus limites (ver item 1.5).

Ademais, ele se pauta na manutenção do estabelecimento pelo empreendedor para a validade da cláusula de raio e deixa de considerar que ele é remunerado com o aluguel percentual pelo serviço realizado.

Além disso, deve-se observar, ao contrário do que argumentou o desembargador, que o fato de a locatária poder encerrar o contrato não retira a abusividade da conduta implementada pelo *shopping* Iguatemi.

Assiste razão ao desembargador ao considerar que o prejudicado pela violação da livre concorrência é o *shopping center* concorrente. Ele não menciona, mas também o são os consumidores. O lojista é prejudicado pela restrição à livre iniciativa.

Quanto ao argumento da concorrência predatória entre os lojistas situados nos *shopping centers* diversos, afronta a razão acreditar que o lojista vai se instalar em outro empreendimento sem antes verificar as possibilidades de sucesso da nova loja.

⁵⁶¹ Ibid., p. 23.

⁵⁶² Id.

O argumento do desembargador de que a cláusula de raio é necessária para a manutenção do empreendimento só seria admissível pelo período de tempo necessário para a consolidação do empreendimento. Após, fixada a clientela, o empreendimento não corre o risco de fechar as portas em razão da inauguração de um novo. Ademais, não parece razoável que um empreendimento desse porte queira apenas captar a clientela do empreendimento anterior. Ao contrário, se ele deseja ingressar no mercado é porque realizou o estudo técnico de viabilidade econômica e concluiu pela possibilidade de sucesso.

3.5.10 Sentença proferida no caso shopping Iguatemi São Paulo x Fórum Confeções Ltda.

A autora ajuizou ação de despejo em face da ré devido ao fato de ela ter descumprido cláusula contratual ao se instalar no *shopping* Eldorado. Como observou o juiz

a controvérsia gira [...] em torno da validade ou não da mencionada cláusula restritiva. O objeto aparente dessa cláusula seria o de coibir a concorrência entre *shopping centers*, vedando a instalação de uma empresa comercialmente atraente em outros *shoppings*. Analisada de modo genérico, esse tipo de restrição fere realmente [...] o princípio de livre concorrência garantido pela Constituição Federal em dispositivos como o do art. 173, §4º [...] ou por disposições do ordenamento jurídico infraconstitucional, como a lei 8.884/94 [...].⁵⁶³

Por fim o juiz afirma:

[...] a cláusula contratual [...] além de restringir de modo amplo e genérico a livre concorrência, reveste-se de caráter nitidamente potestativo, pois estabelece expressamente a possibilidade de ‘autorização expressa da administração’ para que a exigência seja ignorada. Assim, fica ao talante da locadora permitir que determinadas empresas instalem suas lojas em todos os *shopping centers* da cidade, mantendo a proibição com relação a outras.⁵⁶⁴

Desta maneira, ele considerou a cláusula abusiva.⁵⁶⁵

⁵⁶³ SÃO PAULO. Sentença processo nº 1.264/96. 20ª Vara Cível. Juiz Ulisses do Valle Oliveira Ramos. Julgado em: 05 set. 1996. In. CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. Dicionário Jurisprudencial dos “Shopping Centers”. 1ª ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 122.

⁵⁶⁴ Id.

⁵⁶⁵ Id.

3.5.10.1 Comentários à sentença proferida no caso *shopping* Iguatemi São Paulo x Fórum Confeccões Ltda.

Assiste razão ao juiz ao considerar que a cláusula de raio é meramente potestativa na hipótese de ser permitido o não cumprimento da cláusula mediante autorização do empreendedor.

No entanto, o ponto fundamental é que o juiz ao afirmar que a restrição ocorreu de forma ampla e genérica, admitiu a possibilidade de reconhecimento da validade da cláusula de raio caso haja a observação de determinados parâmetros (ver item 2.7). Contudo, mesmo com a observação dos parâmetros fixados nesse trabalho, a cláusula de raio, ainda que não consista em infração à ordem econômica, sempre será considerada abusiva, quando o contrato de locação em *shopping center* for de adesão, por ser conjugada necessariamente com a cláusula do aluguel percentual (ver item 1.6).

3.5.11 Apelação sem revisão no caso shopping Iguatemi São Paulo x Fórum Confeccões Ltda.

A apelante (*Shopping Iguatemi*) ajuizou ação de despejo em face da apelada (Fórum Confeccões Ltda.) em razão desta ter descumprido a cláusula de raio, tendo em vista que se instalou no *shopping center* Eldorado.

O desembargador considerou que

[...] diante da liberdade de contratar, estabelecendo ato lícito, denominado ato jurídico (art. 81 do CC) [sem dispositivo correspondente – ver art. 185 do Código Civil], mediante “agente capaz” (art. 145, I) [art. 104, I do CC], objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145) [art. 104, II e III do CC], o ato jurídico válido, o contrato de locação, impõe-se à observância das partes. O contratado é como lei entre as partes contratantes. Admite a lei que “as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos seus signatários” (art. 131 do CC) [sem dispositivo correspondente – ver art. 107 do Código Civil]. Daí a máxima *pacta sunt servanda* expressar que as partes devem obedecer, rigorosamente, às cláusulas dos contratos.⁵⁶⁶

⁵⁶⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Cível. Apelação sem Revisão nº 477.739-00-3. 10ª Câmara. Rel. Juiz Adail Moreira. Julgado em: 13 mai. 1997. In. CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. *Dicionário Jurisprudencial dos “Shopping Centers”*. 1ª ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 117/121.

Sendo assim, “o que foi, regularmente, convencionado deve, destarte, ser observado por ambas as partes contratantes”.⁵⁶⁷ Ademais, de acordo com o juiz, a cláusula de raio não viola a livre iniciativa e a livre concorrência.⁵⁶⁸ Além disso, ele afirma que os artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94 [Art. 36, incisos e §3º da Lei nº 12.529/2011], que previam, respectivamente, as infrações e as condutas capazes de caracterizar aquelas infrações “[...] se referem a terceiras pessoas, que não as partes contratantes”.⁵⁶⁹

Portanto, conclui pela validade da cláusula de raio.

3.5.11.1 Comentários à apelação sem revisão no caso *shopping* Iguatemi São Paulo x Fórum Confeções Ltda.

A decisão é de 13 de maio de 1997.

O juiz não considerou a forma como os contratos devem ser interpretados atualmente (ver item 1.5 e 2.6). Na época da decisão estava em vigor o Código Civil de 1916, marcado pelo individualismo. Contudo, a afirmação de que o contrato é lei entre as partes não prevalece nos dias atuais, em que o interesse público se sobrepõe ao interesse privado. Dessa forma, não pode haver cláusulas que sejam contrárias à função social dos contratos.

Quanto à afirmação de que a Lei nº 8.884/94 nos artigos 20 e 21 [Art. 36, incisos e §3º da Lei nº 12.529/2011] se refere aos terceiros e não às partes contratantes, não assiste razão ao juiz, porque caracterizada a infração contra a ordem econômica ao agente econômico será imposta a sanção devida. Ademais, a restrição à livre iniciativa pode se referir, no caso de contrato de locação em *shopping centers*, à livre iniciativa do lojista e do empreendedor.

3.5.12 Sentença proferida no caso *shopping* Jardim Sul x *shopping* Iguatemi São Paulo

O *shopping* Iguatemi ajuizou ação em face do CADE pleiteando a anulação da decisão

⁵⁶⁷ Ibid., p. 120.

⁵⁶⁸ Id.

⁵⁶⁹ Id.

proferida no processo administrativo nº 08012.009991/98-82.

O magistrado definiu o mercado relevante do *shopping* Iguatemi como sendo o de “[...] *shopping centers* de alto padrão da cidade de São Paulo/SP”.⁵⁷⁰ Ademais, em razão da parcela de mercado detida pelo Iguatemi, o magistrado considerou que ele goza de posição dominante.⁵⁷¹

O juiz afirma: “[...] não se pode admitir, eis que inconstitucional e ilegal, é a adoção de práticas contratuais que extrapolem a liberdade contratual e resvalam no direito à livre iniciativa do agente econômico e, por consequência, à livre concorrência, a exemplo da cláusula de exclusividade ventilada”.⁵⁷² Ele reconhece que, como a restrição abrange os *shopping centers* de alto padrão da cidade de São Paulo, o objetivo da cláusula é “[...] esfacelar a livre concorrência [...] de forma abusiva [...]”.⁵⁷³

Desta forma, o magistrado conclui que o *shopping* Iguatemi abusou de sua posição dominante ao prever a cláusula e manteve a decisão do CADE. Sendo assim, ele revogou a decisão liminar que havia suspenso os efeitos da decisão do CADE.⁵⁷⁴

3.5.12.1 Comentários à sentença proferida no caso shopping Jardim Sul x shopping Iguatemi São Paulo

A decisão foi proferida em 25 de junho de 2012.

O juiz levou em consideração aspectos do direito concorrencial ao decidir pela ilicitude da cláusula de exclusividade. A decisão inovou no judiciário, que, em regra, se fixava mais na relação entre as partes na análise dessas cláusulas.

A decisão do magistrado acolheu a argumentação suscitada pelos conselheiros, Secretaria de Direito Econômico e o Ministério Público Federal nos autos do processo

⁵⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. Processo nº 2004.34.00.018729-0. Seção judiciária do Distrito Federal. 15ª Vara Federal. Julgado em: 25 jun. 2012. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=186888820044013400&secao=JFDF>> Acesso em: 10 jul. 2014, p. 10.

⁵⁷¹ Ibid., p. 11.

⁵⁷² Ibid., p. 15.

⁵⁷³ Ibid., p. 15.

⁵⁷⁴ Ibid., p. 16.

administrativo nº 08012.009991/98-82 (ver item 3.2). Dessa forma, com base no estudo técnico realizado pelo CADE essa decisão judicial é a que de fato enfrenta a questão sob o âmbito do aspecto do direito concorrencial.

3.5.13 Sentença proferida no caso Associação de Lojistas do Estado de São Paulo x shopping Iguatemi São Paulo

O *shopping* Iguatemi ajuizou ação em face do CADE pleiteando a “[...] declaração de nulidade da decisão proferida pelo réu no processo administrativo nº 08012.006636/1997-43 [...]”⁵⁷⁵, que declarou ilícita a cláusula de raio. O magistrado se vale da definição do mercado relevante do processo nº 2004.34.00.018729-0.

O juiz na decisão afirma:

[...] o raio direto de 2.500 (dois mil e quinhentos) metros ao redor do edifício do autor, na região nobre em que atua, tem o condão, indubitável, de prejudicar a concorrência e o mercado de consumo, sobretudo porque há o evidente interesse de outros empreendimentos de lazer de instalarem tais centros de compras neste raio de distância, a fim de atender o crescente consumo e o alto poder aquisitivo do mercado ali existente.⁵⁷⁶

Além do raio, o juiz observou que a cláusula deveria ter sido limitada no tempo.⁵⁷⁷

Por conseguinte, ele considerou a cláusula de raio ilícita. O magistrado julgou improcedente o pedido e manteve a decisão do CADE. Por conseguinte, revogou a decisão liminar que havia suspenso os efeitos da decisão do CADE.

3.5.13.1 Comentários à sentença proferida no caso Associação de Lojistas do Estado de São Paulo x *shopping* Iguatemi São Paulo

⁵⁷⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. Processo nº 2008.34.00.010553-0. 15ª Vara Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal. Julgado em: 30 set. 2013. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200834000105530&secao=JFDF&pg=1&trf1_captcha_id=52af642d7f0639b6ec3d1000a74b381a&trf1_captcha=86mt&enviar=Pesquisar> Acesso em: 12 jul. 2014, p. 1.

⁵⁷⁶ Ibid., p. 16.

⁵⁷⁷ Ibid., p. 17.

A decisão foi proferida no dia 13 de setembro de 2013.

O magistrado analisa o mercado relevante do *shopping* Iguatemi e a posição dominante, assim como faz o CADE no processo administrativo nº 08012.006636/1997-43 (ver item 3.1). Por isso, esta decisão, proferida pelo mesmo juiz do processo supra, também analisa aspectos do direito concorrencial. Ademais, reconhece que a cláusula de raio pode ser considerada lícita. Portanto, na interpretação da cláusula de raio deve-se aplicar a regra da razão (ver item 2.4).

Outrossim, o magistrado considera que, no caso concreto, como a cláusula de raio é ilimitada no tempo, ela necessariamente deve ser considerada abusiva (ver item 2.7).

3.6 Síntese dos parâmetros utilizados pelos tribunais para análise da cláusula de raio

Os tribunais, em regra, ao analisarem a validade da cláusula de raio ficam mais adstritos à relação entre as partes. Nesse aspecto, revelam a obrigação do empreendedor em manter o *tenant mix* e a liberdade de contratar. Ademais, os juízes não enfrentam a questão das implicações de se tratar de um contrato de adesão e dos limites impostos à liberdade de contratar pela função social do contrato e pelo abuso do direito.

Ao se referirem à liberdade de concorrência não o fazem em relação ao concorrente de fato do *shopping center* (demais *shopping centers*); ademais a concorrência é analisada entre o lojista e o empreendedor. Além disso, ao examinar o direito concorrencial, as decisões não enfrentam a questão do mercado relevante e do poder econômico, bem como não especificam a cláusula de raio no aspecto espacial, temporal e material e, sobretudo, não traçam uma diretriz para que ela seja considerada válida.

O judiciário, ao contrário do CADE, poderia fazer a análise sob o viés do direito privado (aspecto civil-empresarial) e do direito público (direito da concorrência). No entanto, a análise do judiciário é perfunctória. Muitas vezes os julgadores se atêm a reconhecer a liberdade contratual das partes para afirmar a validade da cláusula de raio, chegando a aplicar a *pacta sunt servanda* de modo absoluto. Algumas dessas decisões são anteriores ao Código Civil de 2002; contudo, há decisões posteriores que simplesmente ignoram o artigo 421 do Código Civil.

3.7 Síntese dos parâmetros utilizados pelo CADE para análise da cláusula de raio

O CADE ao examinar a cláusula de raio, logo de início define o mercado relevante, para, então, verificar a existência ou não de poder econômico. Constatada a existência de poder econômico, o CADE investiga se a conduta teve ou tem a capacidade de gerar impactos à ordem econômica. Posteriormente, o CADE examina a cláusula de raio nos aspectos espacial, temporal e material (ver item 2.7).

A análise da cláusula pelo CADE é eminentemente técnica. O órgão administrativo tem por escopo verificar a ocorrência de infração à ordem econômica ou a mera potencialidade de ocorrência. Desta maneira, não se cogita de abusividade na relação *inter partes*.

Para perquirir se a cláusula de raio infringe a ordem econômica ou tem a possibilidade de fazê-lo, o CADE identifica as externalidades positivas e negativas geradas com a cláusula de raio e aplica a regra da razão para concluir sobre quais parâmetros ela poderá ser considerada lícita.

CONCLUSÃO

O contrato de locação em *shopping center*, em regra, consiste em um contrato de adesão. Este só não será de adesão caso o lojista tenha a possibilidade de alterar as cláusulas operacionais do *shopping center*. Como a cláusula de raio não se relaciona ao modo operacional do *shopping center*, o fato de o lojista ser capaz de alterá-la não transforma, por si só, o contrato de adesão em um contrato negociado.

A cláusula de raio não é ilícita em si. No entanto, como no contrato de locação em *shopping center* sempre haverá a previsão do aluguel percentual, sob pena de descaracterizá-lo, a cláusula de raio se torna abusiva no aspecto civil-empresarial, porque ao ser conjugada com o aluguel percentual, no contrato de adesão, estabelece prestações iníquas entre as partes.

A atividade econômica do empreendedor é remunerada com o aluguel percentual. Desse modo, no aspecto civil-empresarial, a cláusula de raio teria como escopo facilitar o trabalho do empreendedor de manter o *tenant mix* atrativo. Situação diversa seria a hipótese de o contrato de locação ser negociado, porque dessa forma pode ser admitido que o equilíbrio da relação contratual ocorreu justamente com a conjugação das duas cláusulas.

Para que haja ofensa à ordem econômica em razão da fixação da cláusula de raio, primeiro deve-se verificar se o *shopping center* em análise detém poder econômico. Caso ele detenha poder econômico o empreendedor poderá utilizar a cláusula de raio para criar uma barreira artificial à entrada de novo concorrente e lhe garantir o poder de mercado. Para que se conclua pelo dano ao direito da concorrência, não é necessário que da conduta adotada pelo agente econômico tenha resultado um efetivo dano, tampouco importa o *animus* do agente econômico, basta a potencialidade de a conduta acarretar prejuízos à ordem econômica. Logo, ainda que no raio estipulado pela cláusula de raio não haja qualquer empreendimento, pode-se entender que a previsão dessa cláusula resultou em prejuízos à concorrência, porque um agente econômico pode não ter se fixado na área abrangida pela cláusula justamente em razão da existência da mesma.

A cláusula de raio poderá ser considerada lícita no âmbito concorrencial se for necessária para a viabilidade do empreendimento em si. Com a restrição imposta o empreendedor impede que o empreendimento concorrente tenha um *tenant mix* muito próximo ao seu e que o lojista escolhido pelo empreendedor para compor o *tenant mix* deixe de produzir externalidades de tráfego para o empreendimento, por ter se tornado neutro na

força de atração da clientela, o que ocorreria caso ele se fixasse no empreendimento concorrente.

Dessa maneira, a cláusula de raio será benéfica no aspecto do direito concorrencial se for prevista para assegurar a viabilidade econômica do novo empreendimento, fato que ensejará a concorrência entre os *shopping centers* (benefícios para os consumidores) e a diminuição do poder de mercado dos empreendedores (benefícios para os lojistas). A cláusula de raio no âmbito do direito concorrencial será considerada lícita se observados certos parâmetros para que não cause prejuízos à livre iniciativa e à livre concorrência. Caso esses parâmetros não sejam observados, a cláusula de raio pode consistir em barreira artificial à entrada de novo concorrente; logo, em infração à ordem econômica.

Na análise da ilicitude ou licitude da cláusula de raio no âmbito concorrencial deve ser observado o mercado relevante no aspecto produto e geográfico. Para a aferição do mercado relevante no aspecto produto, considera-se os demais *shopping centers* do mesmo padrão, exclui-se, então, o comércio de rua. No aspecto geográfico considera-se o tempo de deslocamento de até 15 (quinze) minutos do trabalho ou da residência dos consumidores até o *shopping center*.

Como a cláusula de raio não é ilícita em si, aplica-se a regra da razão para analisá-la no direito concorrencial, o que consiste na observação da cláusula de raio dentre os critérios considerados razoáveis.

A cláusula de raio, se admitida, deve, necessariamente, ser estendida a todos os sócios do lojista. Caso contrário, a finalidade da cláusula de raio poderia não vir a ser atendida mediante a inauguração de uma sociedade empresária diversa, entretanto sob os mesmos moldes da existente no empreendimento que a cláusula de raio visa proteger, no *shopping center* concorrente.

Não se justifica a cláusula de raio indefinidamente no âmbito da concorrência, em razão da restrição somente ser admitida para que haja a consolidação do empreendimento. Isto irá gerar externalidades positivas para os lojistas, como a diminuição do poder de mercado dos antigos empreendedores, com reflexos no valor do aluguel, e para os consumidores, que terão uma nova opção de compras e lazer. Além disso, estes serão beneficiados com a concorrência entre os *shopping centers*, que trará efeitos na melhoria dos serviços e possíveis vantagens, como a diminuição no preço do estacionamento como forma de atrair mais consumidores.

No âmbito da relação contratual (contrato negociado), no aspecto temporal, a cláusula de raio ilimitada no tempo não se justifica em razão da alteração que ocorre no entorno do

shopping center com o passar dos anos. Desse modo, o estudo de viabilidade econômica realizado na época de inauguração do *shopping center* e que determinou o ingresso de um lojista específico não apresentaria o mesmo resultado se realizado anos após a inauguração. Desta maneira, a finalidade da cláusula de raio, que no aspecto civil-empresarial é a não concorrência entre o lojista e o *shopping center* para que o empreendedor se beneficie das externalidades produzidas por cada lojista de forma a lucrar com o aluguel percentual, com o tempo deixa de ser razoável, porque a demanda de produtos da área de influência do *shopping center* se altera ao longo do tempo.

Como tanto no aspecto civil-empresarial, quanto no aspecto concorrencial o objetivo é a não-concorrência, entende-se que o prazo de até cinco anos, previsto para a cláusula de não-restabelecimento, seja razoável.

Pelo exposto, se respeitados os parâmetros propostos no trabalho, as externalidades positivas geradas pela cláusula de raio serão maiores do que as externalidades negativas. Logo, apesar de a cláusula de raio consistir em restrição à livre iniciativa e à livre concorrência e poder resultar em barreira artificial à entrada de novo concorrente, ela não será considerada uma infração à ordem econômica.

Sem embargo, mesmo na hipótese de a cláusula de raio não ensejar infração à ordem econômica, ela pode configurar ato abusivo por ofensa à boa-fé objetiva. Desta maneira, em que pese o CADE não poder declará-la nula e impor penalidades ao *shopping center*, judicialmente ela poderá ser declarada nula se o contrato de locação em *shopping center* for um contrato de adesão, porque neste necessariamente irá conter a cláusula do aluguel percentual, que conjugada com a cláusula de raio retira o equilíbrio contratual.

Destarte, o poder judiciário necessariamente deve fazer a análise da cláusula de raio sob a perspectiva do direito privado (análise civil-empresarial) e público (análise sob a perspectiva do direito concorrencial). Esta cláusula não poderá ser declarada nula pelo judiciário se se tratar de um contrato de locação em *shopping center* negociado e que observe os parâmetros propostos. Porque apesar de também haver previsão do aluguel percentual, como as partes tiveram a possibilidade de discutí-lo, presume-se que o equilíbrio contratual foi observado, com a alteração, por exemplo, da alíquota do aluguel percentual ou com a estipulação do aluguel fixo menor, mesmo tendo havido a previsão das duas cláusulas.

Por conseguinte, a cláusula de raio prevista no contrato a qual se teve acesso e utilizada como exemplo nesse trabalho deve ser considerada como ofensiva à ordem econômica por violar a livre iniciativa dos lojistas, que ficam impedidos de se fixar no raio de 400 (quatrocentos) metros do *shopping center* somente no comércio de rua. A restrição ao ser

direcionada para o comércio de rua restringe a livre iniciativa dos lojistas e não traz qualquer externalidade positiva para o empreendimento, tendo em vista que o mercado relevante dos *shopping centers* é distinto do comércio de rua. Portanto, a conduta do empreendedor se amolda ao disposto no artigo 36, I da Lei nº 12.529/2011. No aspecto civil-empresarial a cláusula poderia ser considerada lícita se o contrato em questão fosse um contrato negociado e a cláusula fosse limitada no tempo.

Na hipótese de o contrato de locação em *shopping center* consistir em um contrato negociado a cláusula de raio, para que seja considerada lícita tanto no aspecto civil-empresarial, quanto no aspecto concorrencial, tomando como base a redação da cláusula utilizada no trabalho, deve ser assim redigida: AS DECLARANTES reservam-se o direito de resilir ou rescindir o contrato de locação, se a locatária ou seus sócios e parceiros, no prazo de xxx (máximo 5 anos), sem a prévia concordância escrita das DECLARANTES, vier a abrir outro estabelecimento comercial, sede ou filial, que comercialize a mesma marca e no mesmo segmento da comercializada em qualquer de suas lojas no *shopping center* contratante, desde que esse estabelecimento, sede ou filial, fique localizado em outro *shopping center* do mesmo padrão e a uma distância de até 15 minutos de deslocamento de qualquer ponto de acesso do *shopping center* contratante à qualquer ponto de acesso do outro *shopping center*, independente do meio de transporte utilizado.

Observa-se que os lojistas que ingressarem no *shopping center* após a consolidação do empreendimento também ficarão adstritos à cláusula de raio, ainda na hipótese de se tratar de um contrato negociado. No entanto, não se vislumbra nessa hipótese, a princípio, conduta capaz de lesar a ordem econômica, porque somente lojistas pontuais ficarão adstritos à cláusula de raio. Logo, a cláusula de raio não consistiria em uma barreira artificial à entrada de novo concorrente e a externalidade positiva produzida por ela, no caso a possibilidade de ingresso do novo lojista no *shopping center*, beneficiaria os consumidores.

REFERÊNCIAS

ABRASCE. Plano de mix. 3.ed. [S.l.: s.n., 20--] Disponível em: <http://www.portaldoshopping.com.br/Central/Content/UploadedFiles/Arquivos/PDF/2009_Plano_de_Mix_Abrasce.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.

ABRASCE. Definições e convenções. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/definicoes-e-convencoes>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

ABRASCE. Números do setor. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/grandes-numeros>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato, boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis)*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11-35.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 87, v. 750, p. 113-120, abr.1998.

BANDEIRA, Luiz Octávio Vilela de Viana. Locação em shopping center – questões sobre tipificação contratual e regramento jurídico. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*, [S.l.], ano 4, v. 13, p. 217-285, jan./mar. 2012.

BARCELLOS, Rodrigo. *O Contrato de Shopping Center e os Contratos Atípicos Interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009, 172 p.

BASILIO, João Augusto. *Shopping centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Acórdão. Julgado em: 04 set. 2007. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000296801694.pdf> Acesso em: 23 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Acórdão nos embargos de declaração. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000346081041.pdf> Acesso em: 23 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Parecer Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000281191091.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Parecer Ministério Público Federal nos Embargos de Declaração.

Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000333561167.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Parecer nº 469/2007 da Procuradoria Federal. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000281191091.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Parecer nº 666/2007 da Procuradoria Federal nos Embargos de Declaração. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000317231601.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Parecer Secretaria de Direito Econômico. Disponível em : <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000281181611.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000296831709.pdf>. Acesso em: 23 de mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Voto do Relator Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos. Disponível em : < http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000296761570.pdf >. Acesso em: 23 de mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Voto do Relator Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos nos Embargos de Declaração. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000346111822.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Voto-Vogal do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan nos Embargos de Declaração. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000346121329.pdf >. Acesso em 23 de mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82. Acórdão. Julgado em: 03 mar. 2004. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000061721598.pdf> Acesso em: 11 abr. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82. Parecer Secretaria de Direito Econômico. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000054111130.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82. Voto do Relator Conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000005131305.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82. Voto oral do Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe.

Disponível: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000598191908.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82. Voto-vista do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000080111239.pdf> Acesso em: 11 abr. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82. Voto-vista do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques. Disponível em : <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000142301014.pdf> Acesso em: 11 abr. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13. Parecer Ministério Público Federal nº 114/2003. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000412171946.pdf> Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13. Parecer nº 284/2002 da Procuradoria Federal. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000272381575.pdf> Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13. Parecer Secretaria de Direito Econômico. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000412121083.pdf> Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13. Voto do Relator Conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000224411579.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13. Voto-vista da Conselheira Elizabeth Maria Mercier Querido Farina. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000412131279.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13. Voto-vogal do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000412141436.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.012081/2007-48. Parecer da Superintendência Geral. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000775151676.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. Diário Oficial. Seção I, n. 93, segunda-feira, 19 de mai. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 123.847. Sexta Turma. Rel. Min. Vicente Leal. Julgado em: 17 jun. 1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=199700184455&dt_publicacao=02/02/1998> Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. Processo nº 2004.34.00.018729-0. Seção judiciária do Distrito Federal. 15ª Vara Federal. Julgado em: 25 jun. 2012. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=186888820044013400&secao=JFDF>> Acesso em: 10 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. Processo nº 2008.34.00.010553-0. 15ª Vara Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal. Julgado em: 30 set. 2013. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200834000105530&secao=JFDF&pg=1&trf1_captcha_id=52af642d7f0639b6ec3d1000a74b381a&trf1_captcha=86mt&enviar=Pesquisar> Acesso em: 12 jul. 2014.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. 1996. 172 p. Dissertação (Mestrado em direito), sob orientação do prof. Doutor Fábio Nusdeo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

BUSINESS GLOSSARY. Radius clause. Disponível em: <<http://www.allbusiness.com/glossaries/radius-clause/4965855-1.html>> Acesso em: 20 jul. 2014.

BUSINESS GLOSSARY. Reverse radius clause. Disponível em: <<http://www.allbusiness.com/glossaries/reverse-radius-clause/4965811-1.html>> Acesso em: 20 jul. 2014.

CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. *Anotações à lei do inquilinato: Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 878 p.

CARPENA, Heloisa. Tutela unificada da concorrência e do consumidor no Brasil: a caminho de uma ética no mercado. *Revista Forense*. Vol. 388, ano 102, nov./dez., 2006, p. 69-120.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. . Apelação cível nº 76043554200080600011. 2ª Câmara Cível Rel. Desa. Gizela Nunes da Costa. Julgado em: 22 dez. 2006. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 1 mar. 2014.

CERVEIRA, Daniel Alcântara Nastri; SOUZA, Marcelo Dornellas. *Shopping Center: limites na liberdade de contratar*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 123.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. V. I, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 601.

COELHO, Fábio Ulhoa. Locação em *shopping centers*. *Revista do Advogado*. Ano XXX, nº 108, mai., 2010, p. 56-61.

COMPARATO, Fábio Konder. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”. Ano XXXIV, nº 97, jan./mar., 1995, p. 23-28.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. *Revista de Direito Renovar*. Vol. 36, set./dez., 2006, p. 49-73.

DOTY, Jennifer E. The effects of electronic commerce on the traditional shopping center lease. Disponível em: <<http://www.tklaw.com/files/Publication/1154cdf3-e797-4710-a578->

1a5c578d500b/Presentation/PublicationAttachment/ffa79740-7359-43a8-b291-e70aee32e316/Radius%20Restrictions%20in%20Shopping%20Center%20Leases%20%28Meyerson,%20A.%29.pdf> Acesso em: 21 jul. 2014.

FAGUNDES, Jorge. Cláusulas de raio e o caso Iguatemi. *Revista do IBRAC*. Vol. 14, nº 6, 2007, p. 71-94.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. *Revista de direito econômico: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE*. Nº 21, Brasília, out./dez, 1995, p. 23-30.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 478.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Revista da EMERJ*. Contrato de *Shopping Center*. Vol. 5, nº 18, 2002, p. 187-227.

GARREFA, Fernando. *Shopping centers: de centro de abastecimento a produto de consumo*. São Paulo: Senac São Paulo, 2011, p. 180.

GLICK, Gary A.; SEEBERGER, Matthew P. Closing the Loop on Radius Restrictions. Disponível em: <<http://www.icsc.org/uploads/publications/LU-2005-Spring-Full-Issue.pdf>> Acesso em 20 jul. 2014.

GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro*. 2008. 341 p. Tese (Doutorado em direito), sob orientação do professor doutor Calixto Salomão Filho. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16ª ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 384.

HALL, Joel R. Radius Clause. Disponível em: <<http://www.acrel.org/Documents/Seminars/2001%20HALL%20-%20Radius%20clauses.pdf>> Acesso em: 21 jul. 2014.

HENTZ, André Soares. *Ética nas relações contratuais à luz do Código Civil de 2002: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva*. Juarez de Oliveira, 2007, 194 p.

HERMAN, Mitchell Y. The practical problem of enforcing restriction clauses. Disponível em: <<http://www.tklaw.com/files/Publication/1154cdf3-e797-4710-a578-1a5c578d500b/Presentation/PublicationAttachment/ffa79740-7359-43a8-b291-e70aee32e316/Radius%20Restrictions%20in%20Shopping%20Center%20Leases%20%28Meyerson,%20A.%29.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2014.

KARPAT, Ladislau. *Locação em geral e aluguéis em shopping centers*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 266 p.

MACHADO, Edmar Gomes; SAYEG, Ricardo Hasson; CARVALHEIRO, Cláudia. Distribuição de combustíveis automotivos. Pacto de exclusividade que impõe ao posto de gasolina adquirir combustíveis de determinada companhia distribuidora. Cláusula nula de pleno direito. Inobservância dos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. Ano 9, out./dez., 2000, p. 199-208.

MAMEDE, Gladston. *Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, 173 p.

MARTINS-COSTA, Judith. A relação contratual de *shopping center*. *Revista do advogado*. Ano XXXII, nº 116, jul., 2012, p. 110-118.

MEYERSON, Alfred M. Radius Restrictions in Shopping Center Leases. Disponível em: <<http://www.tklaw.com/files/Publication/1154cdf3-e797-4710-a5781a5c578d500b/Presentation/PublicationAttachment/ffa79740-7359-43a8-b291-e70aee32e316/Radius%20Restrictions%20in%20Shopping%20Center%20Leases%20%28Meyerson,%20A.%29.pdf>> Acesso em: 15 jul. 2014.

MIGUEL, Paula Castello. Contratos de “shopping center”. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. Ano XXXVI, jul./set., 1997, p. 137-182.

MILANI, Virginia de Medeiros Claudino. *Contrato de shopping center*. 2005. 210 p. Tese (Doutorado em Direito), sob orientação do professor doutor Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

MONTEIRO, Washington de Barros. “SHOPPING CENTERS”. *Revista dos Tribunais*. Vol. 580, ano 73, fev., 1984, p. 9-14.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*. Vol. I, 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 576.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Shopping Centers”: organização econômica e disciplina jurídica. *Revista dos Tribunais*. Ano 73, vol. 580, 1984, p. 15-26.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 1º vol., 31ª ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2012, 613 p.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Exclusividade nos contratos é condição que precisa ser expressamente estabelecida. *Doutrina Adcon*, nº 18, v. 8, 2ª quinzena, set., 2005, p. 348-350.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo nº 0020780-65.2014.8.19.0001. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.001.016935-0>> Acesso em: 02 mar. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 700385853013. 10ª Câmara Cível. Relator Des. Ergio Roque Menine. Julgado em: 27 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70038585303&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao>>

%3Anull%29&requiredfields=&as_q=> . Acesso em: 12 de mar. 2014.

ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. *Revista Direito GV*. V. 2, nº 1, jan./jun., 2006, p. 11-36.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 632.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 319.

SÃO PAULO. Sentença processo nº 1.264/96. 20ª Vara Cível. Juiz Ulisses do Valle Oliveira Ramos. Julgado em: 05 set. 1996. In. CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. *Dicionário Jurisprudencial dos “Shopping Centers”*. 1ª ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 530.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Cível. Apelação sem Revisão nº 465.935-00/0. 5ª Câmara. Rel. Juiz Laerte Sampaio. Julgado em: 24 set. 1996. In. CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. *Dicionário Jurisprudencial dos “Shopping Centers”*. 1ª ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 530.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação com revisão nº 816681- 0/4. 25ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli. Julgado em: 18 out. 2005. Disponível em: < <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3021142&cdForo=0>> Acesso em: 18 mar. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação com Revisão nº 546.327-4/9-00. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Donega Morandini. Julgado em: 10 mar. 2009. Disponível em: < <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3511865&cdForo=0&v1Captcha=xzcu>> Acesso em: 12 de mar. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 9141779-43.2007.8.26.0000. 25ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Marcondes D'Ángelo. Julgado em: 10. fev. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5300987&cdForo=0>> Acesso em: 15 fev. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 9081097-88.2008.8.26.0000. Trigesima Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 21 set. 2011. Disponível em: < <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5420415&cdForo=0>>. Acesso em: 12 de mar. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 9219951-28.2009.8.26.0000. Trigesima Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 21 set. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5420429&cdForo=0>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 9128982-64.2009.8.26.0000. Trigesima Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 21 set. 2011. Disponível em: < <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5420424&cdForo=0&v1Captcha=axjea>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada. Apelação sem Revisão nº 477.739-00-3. 10ª Câmara. Rel.

Juiz Adail Moreira. Julgado em: 13 mai. 1997. In. CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. *Dicionário Jurisprudencial dos "Shopping Centers"*. 1ª ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 530.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nº 9081097-88.2008.8.26.0000/50001. Trigésima Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 09 nov. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5530653&cdForo=0>>. Acesso em: 12 de mar. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nº 9128982-64.2009.8.26.0000/50002. Trigésima Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 09 nov. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=199700184455&dt_publicacao=02/02/1998>. Acesso em: 12 mar. 2014.

SCHLABENDORFF, Adriana. *A reconstrução do direito contratual: o valor social do contrato*. 2004. 299 p. Tese (Doutorado) sob orientação do prof. Doutor Antônio Junqueira de Azevedo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

SHERMAN ANTITRUST ACT. Disponível em: <http://www.linfo.org/sherman_txt.html> Acesso em: 03 jun. 2014.

SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais. *Revista de direito privado*. Ano 4, jan/mar, 2003, p. 250-263.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários à lei do inquilinato*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 593 p.

STERN, Gail M. Use clauses, operation covenants, exclusive clause and radius restriction. Disponível em: <<http://www.tklaw.com/files/Publication/1154cdf3-e797-4710-a5781a5c578d500b/Presentation/PublicationAttachment/ffa79740-7359-43a8-b291-e70aee32e316/Radius%20Restrictions%20in%20Shopping%20Center%20Leases%20%28Meyerson,%20A.%29.pdf>> Acesso em: 21 jul. 2014.

SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XLIV, jul./set., 2005, p. 29-49.

THE FREE DICTIONARY. Disponível em: <<http://financial-dictionary.thefreedictionary.com/radius+clause>> Acesso em: 20 jul. 2014.

UOL ECONOMIA. Shopping Iguatemi é o 14º endereço comercial mais caro do mundo; veja top 20. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/infomoney/2013/11/14/shopping-iguatemi-e-o-14-endereco-comercial-mais-car-do-mundo-veja-top-20.htm>> Acesso em: 10 jul. 2014.

WALD, Arnaldo. Os contratos de concessão exclusiva para distribuição de gasolina no direito brasileiro. *Revista Forense*. V. 253, ano 72, jan./mar., 1976, p. 93-104.

WALD, Arnaldo. O interesse social no direito privado. *Revista do Tribunal Regional Federal*

3ª Região. Nº 77, mai./jun., 2006, p. 129-148.

WATTEN, Steven P. Exclusive Covenants and Radius Clauses. Disponível em:
<<http://www.jdsupra.com/legalnews/exclusive-covenants-and-radius-clauses-12623/>> Acesso
em: 20 jul. 2014.

ANEXO A – CONTRATO DE LOCAÇÃO EM *SHOPPING CENTER*

INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE ESPAÇO COMERCIAL
NO [REDACTED] SHOPPING E OUTRAS AVENÇAS

QUADRO DE INFORMAÇÕES BÁSICAS
Anexo do item nº V da Cláusula Primeira

01 – LOCATÁRIO:

Pessoa Jurídica

Razão Social: [REDACTED]

CNPJ (CGC/MF): [REDACTED]

Sede e Foro: [REDACTED]

Cidade: Rio de Janeiro

Foro: RJ

CEP: [REDACTED]

Telefone: [REDACTED]

02 – ESPAÇO COMERCIAL N°: 502

Área privativa: 202m²

Piso: 5º

03 – ATIVIDADE OBRIGATORIA: Vestuário em geral, acessórios para o vestuário e decoração

04 – NOME FANTASIA: [REDACTED]

05 – PRAZO: 60 (sessenta) meses

Termo Inicial: 01/12/2010 Termo Final: 30/11/2015

06 – ALUGUEL PERCENTUAL: 6% (seis por cento)

06.1 – ALUGUEL MENSAL MÍNIMO:

Valor: R\$11.200,00 (onze mil e duzentos reais)

Mês e ano de referência: Março/2010

07 – ENERGIA ELÉTRICA:

De acordo com a medição mensal em KVA

08 – CRD:

Conforme Escritura Declaratória - Itens 7.1.2 e 7.1.3

09 – FIADOR(ES):

Pessoa Física

Nome: [REDACTED]

Data de Nascimento: 25/05/1959

Nacionalidade: Brasileiro

Estado Civil: casado

Profissão: Comerciante

Identidade nº: [REDACTED]

Órgão Expedidor: IFP/RJ

Data: 17/09/1979

CPF: [REDACTED]

Endereço Residencial: Rua [REDACTED]

Barra da Tijuca

CEP: [REDACTED]

Cidade: Rio de Janeiro - RJ.


ARLINDO

CONTINUAÇÃO DO QUADRO DE INFORMAÇÕES BÁSICAS

2

Pessoa Física

Nome: _____ Data de Nascimento: 28/06/1960
 Nacionalidade: Brasileira
 Estado Civil: casada Profissão: Comerciante
 Identidade nº: _____ Órgão Expedidor: IFP/RJ Data: 05/01/2009
 CPF: _____
 Endereço Residencial: Rua _____ Barra da Tijuca
 CEP: _____ Cidade: Rio de Janeiro - RJ.
 Telefone: (21) _____

10 – Observações:

10.1 – Sem prejuízo do disposto nos Parágrafos Primeiro, Segundo, Terceiro e Quarto da Cláusula Sexta do presente contrato de locação, e sob a condição resolutive de que não haja qualquer atraso no pagamento dos valores contratuais devidos, os LOCATÁRIOS gozarão de um abatimento em caráter excepcional e temporário, sobre o aluguel mensal mínimo, indicado no item 06.1 do Quadro de Informações Básicas, o qual ficará reduzido nos seguintes períodos para:

- a) R\$ 10.000,00 (dez mil reais), do 1º (primeiro) mês ao 12º (décimo segundo) mês de vigência contratual;
- b) R\$ 10.500,00 (dez mil e quinhentos reais), do 13º (décimo terceiro) mês ao 24º (vigésimo quarto) mês de vigência contratual;
- e) do 25º (vigésimo quinto) mês de vigência contratual, em diante, o valor do "aluguel mensal mínimo" não terá qualquer abatimento.

10.2 - Ajustam as partes que valor do aluguel mensal mínimo será reajustado na forma prevista na Cláusula Sexta do Contrato de Locação e Outras Avenças, a partir do mês de referência indicado no campo 06.1 deste Quadro de Informações Básicas.

10.3 – Em caso de eventual colidência entre o disposto no presente contrato e nas Normas Gerais e no Regimento Interno do _____ Shopping, prevalecerão as disposições deste contrato sobre as cláusulas das referidas Normas Gerais e do Regimento Interno.

11 – Assinaturas:

Rio de Janeiro, 02 de Dezembro de 2010.

 por sua procuradora

LOCADORAS

 LOCATÁRIO

 FIADOR

 CONJUGE/FIADORA



**INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE ESPAÇO
COMERCIAL NO [REDACTED] E OUTRAS AVENÇAS**

Pelo presente instrumento particular, de um lado, [REDACTED] com sede na Cidade e Estado de São Paulo, na Av. Paulista, n.º [REDACTED], inscrita no CNPJ sob o n.º [REDACTED] e [REDACTED] **SHOPPING CENTERS LTDA.**, sociedade com sede e foro na cidade e Estado do Rio de Janeiro, na Rua Salas 2101 a 2108, parte, Botafogo, CEP [REDACTED], inscrita no CNPJ/MF sob o n.º [REDACTED], ambas neste ato representadas por sua procuradora **ADMINISTRADORA DE SHOPPING CENTERS LTDA.**, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º [REDACTED], com sede na cidade do Rio de Janeiro/RJ, na [REDACTED], Barra da Tijuca, e adiante designadas, em conjunto, como **LOCADORAS**, e do outro lado, como **LOCATÁRIO**, a pessoa física ou jurídica qualificada no item n.º 01 do Quadro de Informações Básicas, parte integrante deste contrato, mencionado no item V da Cláusula Primeira deste contrato, *infra*, ambas as partes por seus respectivos representantes abaixo assinados, os quais têm entre si justo e contratado o seguinte:

CLÁUSULA PRIMEIRA - DOS DOCUMENTOS INTEGRANTES E COMPLEMENTARES DESTES CONTRATO - Integram o presente contrato, como se aqui estivessem transcritos em seu inteiro teor, para todos os efeitos de direito, os seguintes documentos:

- I - Escritura Declaratória de Normas Gerais Regedoras do Funcionamento, Utilização e das Locações do [REDACTED], lavrada no 5º Ofício de Notas, na Cidade do Rio de Janeiro, RJ, em 26 de junho de 1998, no Livro n.º 3.487, fls. 149; (doravante, as "NORMAS GERAIS");
- II - Estatuto dos Lojistas do [REDACTED] Shopping (" [REDACTED] ");
- III - Normas Técnicas e Operacionais e Normas de Obras;
- IV - Regimento Interno;
- V - Quadro de Informações Básicas;
- VI - Planta de localização do(s) Espaço(s) Comercial(ais) objeto deste contrato;

PARÁGRAFO ÚNICO - O **LOCATÁRIO** declara expressamente conhecer a íntegra dos documentos acima indicados, os quais considera parte integrante deste contrato e, de cada um deles, neste ato, recebe uma cópia, valendo este instrumento como recibo dos mesmos.

CLÁUSULA SEGUNDA - DO OBJETO - O objeto deste contrato é a locação e outras avenças relativas ao(s) **ESPAÇO(S) COMERCIAL(AIS)** com numeração e área privativa indicadas no item n.º 02 do Quadro de Informações Básicas, parte integrante deste contrato, sendo o referido Shopping localizado na [REDACTED], na cidade do Rio de Janeiro - RJ, conforme planta rubricada pelas partes e que fica fazendo parte integrante do presente contrato, conforme documento citado no inciso VI da cláusula anterior.

PARÁGRAFO PRIMEIRO - O(s) mencionado(s) **ESPAÇO(S) COMERCIAL(AIS)** é(são) entregue(s) ao **LOCATÁRIO**, em seu estado atual e, neste ato, aceito por este último.



JARDIM

CONTINUAÇÃO DO INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE 2
ESPAÇO COMERCIAL NO [REDACTED] E OUTRAS AVENÇAS

PARÁGRAFO SEGUNDO - O uso do(s) ESPAÇO(S) COMERCIAL(AIS) pelo LOCATÁRIO observará todas as cautelas e preceitos estatuídos nas NORMAS GERAIS, mencionadas na Cláusula Primeira, inciso I, deste contrato, e demais documentos referidos na mesma cláusula.

CLÁUSULA TERCEIRA - DA ATIVIDADE OBRIGATÓRIA NO(S) ESPAÇO(S) COMERCIAL(AIS) - O(s) ESPAÇO(S) COMERCIAL(AIS) se destinará(ão) exclusivamente à exploração obrigatória da(s) atividade(s) comercial(ais) indicada(s) no item nº 03 do QUADRO DE INFORMAÇÕES BÁSICAS.

PARÁGRAFO ÚNICO - Não poderá o LOCATÁRIO, em qualquer hipótese, sem o prévio e expreso consentimento por escrito das LOCADORAS, observados os preceitos das NORMAS GERAIS, alterar essa destinação.

CLÁUSULA QUARTA - DO NOME FANTASIA DO ESTABELECIMENTO - Será aquele indicado no item nº 04 do Quadro de Informações Básicas, parte integrante deste contrato, não podendo ser alterado sem o prévio e expreso consentimento por escrito das LOCADORAS.

Parágrafo Primeiro - Caso o LOCATÁRIO, sendo um franqueado, venha a perder o direito de utilização da denominação prevista no nº 04 do QUADRO DE INFORMAÇÕES BÁSICAS, devolverá o ESPAÇO COMERCIAL à LOCADORA imediatamente, na medida em que tal fato configura infração contratual, independentemente das razões apresentadas para tal perda.

Parágrafo Segundo - Não obstante, ressalva-se ao LOCATÁRIO o direito de indicar, por escrito, em tempo hábil para evitar a paralisação das atividades do ESPAÇO COMERCIAL, outra marca, reservado à LOCADORA, segundo seu critério e arbítrio exclusivo, aprovar ou não a substituição pretendida.

CLÁUSULA QUINTA - DO PRAZO DA LOCAÇÃO - O prazo do presente contrato de locação e outras avenças encontra-se ajustado no item nº 05 do Quadro de Informações Básicas, e a sua prorrogação ou renovação se regulará pelos termos da legislação vigente, respeitadas, contudo, as condições contratuais estabelecidas e acordadas no presente instrumento e nas NORMAS GERAIS.

PARÁGRAFO PRIMEIRO - Decorrido o prazo da locação e as demais avenças, extinguir-se-á o presente contrato de pleno direito, independentemente de qualquer aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.

PARÁGRAFO SEGUNDO - Se o LOCATÁRIO devolver o imóvel antes do prazo convenicionado ficará sujeito ao pagamento de multa equivalente a 03 (três) vezes o aluguel mensal mínimo vigente por ocasião da referida devolução do imóvel e conseqüente rescisão deste contrato de locação.

CLÁUSULA SEXTA - DO ALUGUEL - O aluguel mensal, tal como foi estabelecido nas NORMAS GERAIS, Capítulo Quinto, não poderá ser inferior ao aluguel mensal mínimo de que trata o Parágrafo Primeiro desta cláusula e corresponderá à percentagem sobre o FATURAMENTO BRUTO definido nas Cláusulas 5.11 a 5.15 das NORMAS GERAIS, percentagem esta indicada no item nº 06 do Quadro de Informações Básicas.

PARÁGRAFO PRIMEIRO - Fica estipulado que o aluguel mensal mínimo devido pelo LOCATÁRIO, correspondente nesta data ao valor indicado no item nº 06.1 do Quadro de Informações Básicas, parte integrante deste contrato, será reajustado ao final de



JURÍDICO

CONTINUAÇÃO DO INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE 3
ESPAÇO COMERCIAL I SHOPPING E OUTRAS AVENÇAS

cada "Período de Reajuste", a seguir definido, de acordo com a variação positiva (acumulada no período) do IGP-M (Índice Geral de Preços - Mercado), divulgado pela revista "Conjuntura Econômica", da Fundação Getúlio Vargas, ou na sua falta pelo IGP-DI (Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna), edição também da FGV ou, ainda, caso seja extinto também esse índice, pelo IPC do FIPE (Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas da Universidade de São Paulo - USP), ou por outro que melhor reflita a desvalorização da moeda. Os eventuais abatimentos que vierem a ser concedidos, em caráter excepcional e temporário, conforme observação constante do campo nº 10 do Quadro de Informações Básicas, ficarão subordinados à condição resolutive de que não se verifique qualquer atraso no pagamento dos aluguéis e demais valores devidos.

PARÁGRAFO SEGUNDO - Para os efeitos deste contrato, entendem-se como "Períodos de Reajuste" os períodos sucessivos de 12 (doze) meses, contados a partir da data da assinatura deste contrato, sendo que, na hipótese de a legislação subsequente permitir a adoção de periodicidade inferior a 01 (um) ano, as partes ora contratantes desde logo acordam que os mencionados "Períodos de Reajuste" passarão automaticamente a ser o mínimo admitido pela nova legislação, a partir do início de sua vigência, independentemente de qualquer aviso, notificação ou da formalização de aditivo a este contrato. Se a nova legislação silenciar quanto à periodicidade do reajuste, os "Períodos de Reajuste" passarão a ser automaticamente de 01 (um) mês.

PARÁGRAFO TERCEIRO - O índice acima especificado do IGP-M, ou o índice que vier a substituí-lo na forma deste contrato, passa a ser aqui designado como "Índice Contratual de Reajuste". Considerando eventual atraso na publicação do Índice Contratual de Reajuste, estabelece-se que o valor do aluguel mensal mínimo será reajustado, multiplicando-o pelo quociente que resultar da divisão do referido índice do mês anterior ao mês de reajuste pelo índice do mês anterior ao da assinatura deste contrato.

PARÁGRAFO QUARTO - No mês de dezembro de cada ano o aluguel mensal mínimo devido corresponderá ao dobro do seu valor à época.

PARÁGRAFO QUINTO - O valor correspondente ao aluguel devido vencerá no último dia de cada mês. Poderá o LOCATÁRIO, entretanto, efetuar o pagamento do aluguel mensal mínimo até o dia 01º (primeiro) do mês subsequente ao vencido e a diferença a maior, se houver, entre o aluguel mensal mínimo e o aluguel percentual, até o dia 10 (dez) do mesmo mês subsequente ao vencido, sem qualquer acréscimo, ambos os valores a serem pagos nos escritórios das LOCADORAS, ou onde estas indicarem. Não o fazendo até estas datas, sobre o débito incidirão a correção monetária pelo índice contratual de reajuste, se a legislação o permitir, juros da mora à razão de 01% (hum por cento) ao mês ou a taxa que estiver em vigor para a mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, a que for maior, e, ainda, multa moratória de 10% (dez por cento) sobre o valor total da obrigação em atraso.

PARÁGRAFO SEXTO - Sem prejuízo das demais obrigações pecuniárias que lhe couberem na forma deste contrato, quando ao final de cada "Período de Reajuste" for constatada uma inflação igual ou superior a 20% (vinte por cento) medida pelo índice constante do Parágrafo Primeiro desta cláusula, obriga-se ainda o LOCATÁRIO a pagar às LOCADORAS um "aluguel complementar" se, ao final de cada "Período de Reajuste", for positivo o resultado da aplicação da fórmula seguinte:

$$AC = (AMM \times 5,5 \times n) - (\Sigma P)$$

onde:

AC = Aluguel complementar em reais;



CONTINUAÇÃO DO INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE 4
ESPAÇO COMERCIAL NO SHOPPING E OUTRAS AVENÇAS

AMM = Média do aluguel mensal mínimo vigente no Período de Reajuste;

Fator 5,5 – O referido fator, constante da fórmula acima, é válido para o cálculo do aluguel complementar tendo como referência um Período de Reajuste de 12 (doze) meses. Na hipótese de ser alterado esse Período, conforme previsão constante do parágrafo primeiro da cláusula sexta *supra*, o mencionado fator será alterado para 2,5 (dois vírgula cinco), se o Período for reduzido para 6 (seis) meses; para 1,4 (um vírgula quatro), se o Período for reduzido para 3 (três) meses; e para 0 (zero), se o Período for reduzido para 01 (um mês).

n = Percentual de inflação no "Período de Reajuste", sendo reputado igual a "0" (zero) em caso de inflação menor que 1% (hum por cento) ou em caso de deflação.

ΣP = Parcela do aluguel percentual pago acima do aluguel mensal mínimo no "Período de Reajuste".

PARÁGRAFO SÉTIMO – O aluguel complementar será pago no prazo de 15 (quinze) dias a contar do término do "Período de Reajuste" respectivo. Com a antecedência de pelo menos 5 (cinco) dias em relação à data do seu vencimento, as LOCADORAS enviarão um aviso por escrito demonstrando o "quantum" do referido aluguel complementar.

CLÁUSULA SÉTIMA – DOS ENCARGOS DA LOCAÇÃO – O LOCATÁRIO pagará, mensal e antecipadamente, na mesma data do vencimento do aluguel mensal mínimo, e juntamente com ele, diretamente a quem as LOCADORAS indicarem, no local por estas estabelecido, os encargos, custos e despesas comuns, pagos, incorridos ou orçados no mencionado período, incluindo as contribuições condominiais que forem cobradas das LOCADORAS pelo condomínio, rateados entre os diversos locatários vinculados às LOCADORAS mediante a aplicação de um Coeficiente de Rateio de Despesas ("CRD"), referente ao(s) ESPAÇO(S) COMERCIAL(AIS) ora locado(s), que será apurado de acordo com os itens 7.1.2 e 7.1.3 e demais disposições constantes do Capítulo Sétimo das NORMAS GERAIS.

PARÁGRAFO PRIMEIRO – O LOCATÁRIO está ciente e não se opõe a que determinados locatários, a critério das LOCADORAS, contribuam para os encargos, custos e despesas cobrados da generalidade dos locatários vinculados às LOCADORAS com valores fixos ou diferenciados, eventualmente em desacordo com os critérios expostos nesta cláusula.

PARÁGRAFO SEGUNDO - O LOCATÁRIO arcará ainda com as despesas específicas de cada espaço comercial, como energia elétrica, água, esgoto e gás, as quais serão pagas às LOCADORAS, utilizando-se o consumo medido por medidor individual instalado de acordo com as Normas Técnicas e Operacionais e Normas de Obras, mencionadas no item III, da Cláusula Primeira deste contrato.

CLÁUSULA OITAVA – DO "MERCHANDISING" – Sem o prévio e expreso consentimento por escrito das LOCADORAS e sem o pagamento da importância que este vier a estabelecer para esse fim, é vedado o uso, por qualquer forma, de "merchandising" de terceiros no(s) ESPAÇO(S) COMERCIAL(AIS) locados, se puder ser visto do "mall" do Shopping Center.

CLÁUSULA NONA – DA GARANTIA – Subscrive(m) o presente instrumento, na qualidade de fiador(es), principal(ais) pagador(es) e devedor(es) solidário(s), respondendo por todas as obrigações aqui assumidas pelo LOCATÁRIO, até a devolução do(s) ESPAÇO(S) COMERCIAL(AIS) às LOCADORAS, com a efetiva entrega das chaves, ainda que o contrato venha a ser prorrogado por tempo



JURÍDICO

CONTINUAÇÃO DO INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE 5
ESPAÇO COMERCIAL NO [REDACTED] SHOPPING E OUTRAS AVENÇAS

indeterminado, com o que desde já concorda(m), a(s) pessoa(s) nomeada(s) e qualificada(s) no item nº 09 do Quadro de Informações Básicas, parte integrante deste contrato, que renuncia(m) neste ato, em caráter irrevogável e irretroatável, a todos os benefícios legais previstos em lei para o contrato de fiança, notadamente aqueles constantes dos artigos 827, 828, 829, 835 e 838, todos do Código Civil.

CLÁUSULA DÉCIMA – DO FUNDO DE PROMOÇÕES – O Fundo de Promoções do Shopping Center, administrado pelo pelas **LOCADORAS**, destinado a custear campanhas promocionais de publicidade e propaganda e eventos, será constituído pelas contribuições mensais e obrigatórias do **LOCATÁRIO** e das **LOCADORAS**, conforme previsto no Capítulo Sétimo do Estatuto dos Lojistas do Botafogo Praia Shopping.

PARÁGRAFO ÚNICO – O **LOCATÁRIO** participa do Fundo de Promoções Coletivas com o equivalente a 25% (vinte e cinco por cento) incidente sobre o valor do "aluguel mensal mínimo" vigente. Dita contribuição será paga mensalmente na mesma data do vencimento do aluguel mensal mínimo e juntamente com ele.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DAS CARGAS DE FORÇA E LUZ – Declara-se o **LOCATÁRIO** ciente de que a carga máxima de força e luz do(s) **ESPAÇO(S) COMERCIAL(AIS)** ora locado(s) é a indicada no número 07 do Quadro de Informações Básicas, limitação esta que se obriga a observar quando das obras que realizará e durante o funcionamento do(s) **ESPAÇO(S) COMERCIAL(AIS)**.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – DA CESSÃO, TRANSFERÊNCIA, SUBLOCAÇÃO OU EMPRÉSTIMO DO ESPAÇO COMERCIAL – É expressamente vedado ao **LOCATÁRIO**, sem o consentimento prévio e por escrito das **LOCADORAS**, ceder, transferir, sublocar ou emprestar, total ou parcialmente, a outrem, qualquer das áreas locadas, ou de qualquer forma permitir a terceiros o uso das áreas locadas, sob pena de rescisão de pleno direito da locação, independentemente de prévia notificação interpelação judicial ou extrajudicial.

PARÁGRAFO PRIMEIRO - Para os fins desta cláusula, também será considerada cessão, transferência, sublocação ou empréstimo do **ESPAÇO(S) COMERCIAL(AIS)**, a mudança ou alteração, direta ou indiretamente, de metade ou mais do capital votante da sociedade **LOCATÁRIA**, ou se da mudança ou alteração decorrer transferência do controle societário, administrativo ou gerencial, sem aquiescência das **LOCADORAS**.

PARÁGRAFO SEGUNDO - Todas as solicitações de consentimento das **LOCADORAS** para as cessões, sublocações ou transferências aludidas no item anterior deverão ser formuladas com 30 (trinta) dias de antecedência, acompanhadas de todos os dados necessários à sua apreciação, inclusive quanto às eventuais garantias oferecidas, sendo do exclusivo arbítrio das **LOCADORAS** a decisão sobre essas matérias, ou quaisquer outras que afetem as disposições e ou garantias contratuais.

PARÁGRAFO TERCEIRO - Desde que ocorra a expressa aquiescência por escrito das **LOCADORAS**, nos casos previstos no *caput* desta cláusula e nos Parágrafos Primeiro e Segundo supra, o cedente pagará às **LOCADORAS**, independentemente das obrigações em que o cessionário ficará contratualmente sub-rogado, uma taxa equivalente a 10 (dez) meses do "aluguel mensal mínimo" vigente.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – DOS MANDATOS – O **LOCATÁRIO**, por este ato, constitui seu(s) bastant(e)s procurador(es), de forma irrevogável e irretroatável, o(s)



CONTINUAÇÃO DO INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE 6
ESPAÇO COMERCIAL NO SHOPPING E OUTRAS AVENÇAS

seu(s) fiador(es), para, isoladamente e independentemente da ordem em que foi (foram) nomeado(s), representar(em) o ora outorgante em sua ausência ou impedimento, por qualquer motivo, para o fim especial de receber citação inicial em quaisquer ações originárias do presente contrato, bem como toda e qualquer notificação, intimação, interpelação judicial ou extrajudicial. Por outro lado, o(s) fiador(es), neste mesmo ato, também nomeia(m) e constitui(em) o LOCATÁRIO, supraqualificado, de forma irrevogável e irretroatável, como seu bastante procurador, para representá-lo(s), em sua ausência ou impedimento, por qualquer motivo, para o fim especial de receber citação inicial em quaisquer ações oriundas do presente contrato, bem como toda e qualquer notificação, intimação, interpelação judicial ou extrajudicial. Para os efeitos desta estipulação, o LOCATÁRIO e o(s) fiador(es) declaram que as citações, notificações, intimações e interpelações aqui previstas serão sempre tidas como válidas e eficazes quando remetidas ao(s) ESPAÇO(S) COMERCIAL(AIS) locado(s), ainda que recebidas por preposto do LOCATÁRIO, observada ainda a parte final da Cláusula Vigésima abaixo, quanto aos meios e formas de realização das notificações, intimações e interpelações.

CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA - DO INADIMPLEMENTO – Sem prejuízo das penalidades previstas no Parágrafo Quinto da Cláusula Sexta *supra*, no caso do não pagamento do aluguel, tanto o "aluguel mínimo mensal reajustável" como a eventual diferença entre este e o "aluguel percentual", nos respectivos prazos, condições e local previstos, poderão as LOCADORAS, após notificação prévia para pagamento, cadastrar/negativar a inadimplência do LOCATÁRIO junto às empresas de proteção ao crédito, tais como Serasa e outras, assim como o(s) FIADOR(ES), pelo não cumprimento da referida obrigação pelo LOCATÁRIO.

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA – DO DIREITO DE PREFERÊNCIA - O LOCATÁRIO renuncia expressa e irrevogavelmente, como condição essencial do presente contrato, ao direito de preferência à aquisição de parte ou da totalidade do(s) imóvel(eis) locado(s).

PARÁGRAFO ÚNICO - Da mesma forma, o LOCATÁRIO não poderá intervir ou impedir que as LOCADORAS promovam, como bem entenderem, a alienação parcial ou total do terreno, do SHOPPING, e promovam, também, como bem entenderem, o remembramento ou desmembramento de terrenos, alterações no projeto de construção, inclusive no que tange à modificação dos locais destinados a estacionamento e acesso de veículos, carga e descarga de mercadorias, podendo, ainda, criar, extinguir, redistribuir, remanejar, ampliar e reduzir áreas destinadas às partes comuns, aos salões comerciais e aos *malls*, transformar áreas de ESPAÇO(S) COMERCIAL(AIS) em áreas de uso comum e vice versa, aumentar total ou parcialmente o número de pavimentos ou as dimensões do prédio.

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – O item 4.5 da Escritura Declaratória de Normas Gerais vigorará, durante todo o prazo contratual, com a seguinte redação: "As DECLARANTES reservam-se o direito de resiliir ou rescindir qualquer contrato de locação, se os LOCATÁRIOS, sem a prévia concordância escrita das DECLARANTES, vier a abrir outro estabelecimento comercial, sede ou filial, que explore o mesmo ramo de atividade por ela exercida ou vier a utilizar o mesmo nome fantasia por ela adotado em qualquer de suas lojas no Shopping Center, desde que esse estabelecimento, sede ou filial, fique situado a uma distância igual ou inferior a 400 (quatrocentos) metros lineares, de qualquer ponto do prédio do Shopping Center, distância essa considerada em linha reta até o eventual e novo estabelecimento do locatário, sendo certo, outrossim, que tal disposição não se aplica a outros Shoppings Centers que porventura estejam ou venham a estar dentro desta distância".



Handwritten signature and stamp, possibly reading "MIRINCO".

CONTINUAÇÃO DO INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE 8
ESPAÇO COMERCIAL NO BOTAFOGO PRAIA SHOPPING E OUTRAS AVENÇAS

[Redacted]

FIADOR

[Redacted]

CONJUGE/FIADORA

Testemunhas:

[Redacted]

Nome:

CPF/MF:

[Redacted]

Nome:

CPF/MF:

24o OFICIO DE NOTAS - JOSE MARIO PINHEIRO PINTO
Av. Almirante Barroso, 139- Loja C Tel:3553-6021
Reconheço por Autenticidade a(s)firma(s) de
JOSE ALBERCI BRAGA.....

Selo n. 00C26345

Rio de Janeiro, 02/02/2011. Em testemunho da verdade.
138-GLAUBER BRANDAO CONFORTE

TABELIAO SUBSTITUTO - Reconhecimento de firma(s): 5,27



24o OFICIO DE NOTAS - JOSE MARIO PINHEIRO PINTO
Av. Almirante Barroso, 139- Loja C Tel:3553-6021
Reconheço por Autenticidade a(s)firma(s) de
LOIDE FLORINDO DE PAULA BRAGA.....

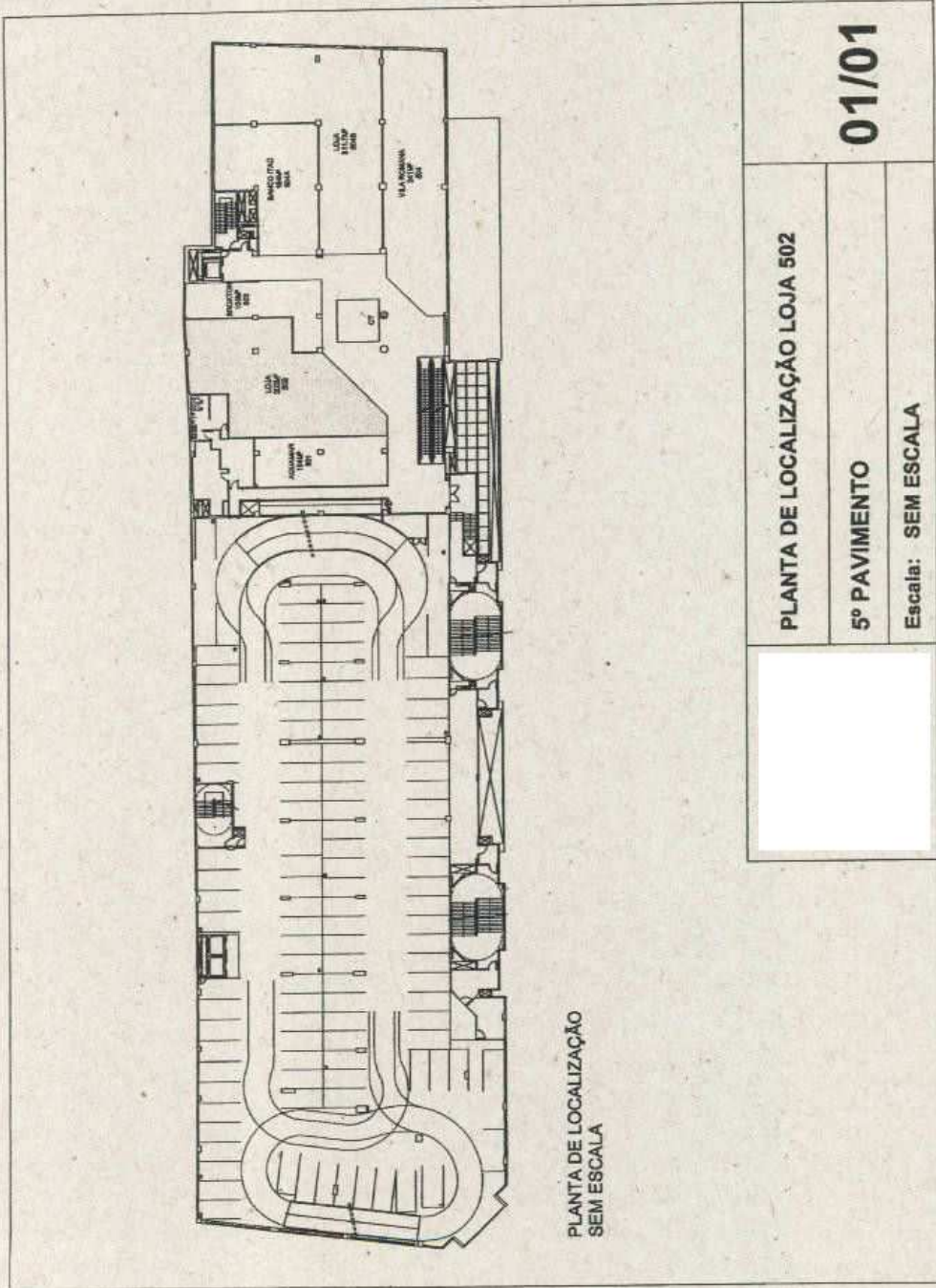
Selo n. 00C61442

Rio de Janeiro, 02/02/2011. Em testemunho da verdade.
138-GLAUBER BRANDAO CONFORTE

TABELIAO SUBSTITUTO - Reconhecimento de firma(s): 5,27



[Redacted]



RUBINCO

**ANEXO B – CLÁUSULA DE RAIOS PRESENTES NAS NORMAS GERAIS
COMPLEMENTARES**

ELMANO GOMES CARDIM JUNIOR
MATRIZ: R. Real Grandeza 193, Lj. 1
FILIAL: Av. Erasmo Braga 255 - Sl.
ESTADO DO RIO DE JANEIRO - CAPITAL

rescisão da locação, em caso de sua inobservância; 4.3) - Mesmo após a concessão do "habite-se" e da inauguração do shopping center, todas as benfeitorias e instalações que forem feitas nas partes comuns, desde que exigidas pelas autoridades públicas, serão atendidas por todos os lojistas, nas proporções estabelecidas nos respectivos contratos de locação; 4.4) - Às DECLARANTES é assegurado o direito de, a seu exclusivo critério e a qualquer tempo, estabelecer e alterar, sempre que julgarem necessário, a distribuição das atividades dos lojistas (tenant-mix) do shopping center; 4.4.1) - Os lojistas não poderão reclamar da existência de outras unidades comerciais, de comércio ou atividade semelhante, parecida, congênera ou similar a que desempenharem, não lhes sendo exclusivo o exercício, no shopping center, das atividades constantes dos contratos de locação firmados com as DECLARANTES, posto que as DECLARANTES são as únicas responsáveis possíveis pelo planejamento técnico e pela organização ou reorganização e distribuição do mix de lojas do empreendimento, em cuja atividade têm ampla e irrestrita autonomia e independência; 4.5) - As DECLARANTES reservam-se o direito de rescindir qualquer contrato de locação, se a locatária, sem a prévia concordância escrita das DECLARANTES, vier a abrir outro estabelecimento comercial, sede ou filial, que explore o mesmo ramo de atividade por ela exercida ou vier a utilizar o mesmo nome fantasia por ela adotado em qualquer de suas lojas no shopping center, desde que esse estabelecimento, sede ou filial, fique situado a uma distância inferior a 2.000m (dois mil metros lineares), de qualquer ponto do prédio do shopping center, distância essa considerada em linha reta, até o eventual e novo estabelecimento do locatário; 4.5.1) - As disposições contidas nesta cláusula estendem-se às empresas ou firmas de que os sócios das sociedades locatárias do shopping center participem ou venham a participar, direta ou indiretamente, como quotistas ou acionistas, na condição de controladores ou majoritários, ou através de franqueados, desde que se tratem de firmas ou franquias que explorem as mesmas atividades por ela exercidas no shopping center; 4.6) - Os lojistas, seus funcionários e prepostos, sejam quais forem os motivos, não poderão praticar atos em desacordo com a ética comercial e com os regulamentos ou normas adotados pelo shopping center, em seu interior; 4.7) - Os lojistas somente poderão armazenar, guardar ou estocar em suas lojas os artigos, produtos e mercadorias destinados à comercialização diretamente nessas lojas; 4.8) - As transferências e saídas de mercadorias, a qualquer título, salvo em situação de emergência, de lojas para outros estabelecimentos dos lojistas, localizados fora do shopping center, somente poderão ser feitas através dos locais de expedição geral do shopping center apropriados ou a serem indicados pelas DECLARANTES; 4.9) - Nos